

VICENTE DE PAULA ATAIDE JUNIOR

## PROCESSO CIVIL PRAGMÁTICO

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

VICENTE DE PAULA ATAIDE JUNIOR

### PROCESSO CIVIL PRAGMÁTICO

Tese de Doutorado aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Luiz Guilherme MARINONI

---

Prof. Dr. César Antonio SERBENA

---

Prof. Dr. Elton VENTURI

---

Prof. Dr. Álvaro PÉREZ RAGONE

---

ORIENTADOR: Prof. Dr. Sérgio Cruz ARENHART

Curitiba, 12 de agosto de 2013.

**Ao Prof. Dr. CELSO LUIZ LUDWIG, por ter me apresentado  
o pragmatismo, ainda quando das aulas do mestrado;  
Ao Prof. Dr. LUIZ GUILHERME MARINONI, por ter me ensi-  
nado a compreender o processo para além dos códigos;  
Ao Prof. Dr. SÉRGIO CRUZ ARENHART, por ter me legado  
o exemplo de que como é possível ser pragmatista num  
mundo ainda dominado pelo racionalismo.**

**Em meio à crise das crenças e dos paradigmas costumam  
aparecer os extraordinários, à frente de seu tempo, como  
que vindos do futuro para nos ajudar a ver melhor os ca-  
minhos a serem seguidos.**

**Dedico este trabalho à memória dos Profs. Drs.  
OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA e LUIZ ALBERTO  
WARAT, extraordinários em vida, eternos em pensamento.**

## AGRADECIMENTOS

Durante os últimos meses, fiquei a maior parte do tempo isolado em uma pequena caverna – o escritório da minha casa em um subúrbio de Curitiba –, rodeado de livros e sem maiores contatos com o mundo exterior, talvez apenas para buscar comida e algum agasalho. Nesse tempo de hibernação ativa, privei minha família da atenção que eles sempre mereceram. Não passeamos, conversamos pouco. Mas eles entenderam o momento de criação pelo qual eu passava.

Por isso devo iniciar pedindo a eles – Andréa, Lucas e Victoria Ataíde – o perdão por mais esse sacrifício e a certeza do meu eterno e dedicado amor.

Mas eu não teria chegado até aqui sem o incentivo e o apoio do meu amigo e orientador, Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, ele que sempre soube cumprir o mister fundamental do magistério: mais do que ensinar, inspirar a ir mais longe.

O trabalho final que se apresenta é produto de uma série de indispensáveis contribuições, pelas quais sempre serei agradecido.

A começar pelas preciosas observações e críticas dos professores que integraram a banca de qualificação da tese: Profs. Drs. César Antonio Serbena, Elton Venturi e Álvaro Pérez Ragone. O Prof. Serbena, pelas correções filosóficas, desde nossas aulas no curso de doutorado, permitindo uma compreensão mais profunda do pragmatismo; o Prof. Venturi, meu amigo de tantos anos, fato que não o incompatibilizou com o dever de crítica ao texto, propiciando uma revisão detalhada do seu conteúdo, em especial quanto ao tema do *Law and Economics*; ao Prof. Ragone, não somente pela disposição de deixar o Chile para participar dos exames, mas, sobretudo, pelas observações metodológicas que permitiram a lapidação do texto final, tornando-o mais fiel ao próprio espírito do pragmatismo.

Acrescento o Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, meu paradigma de processualista, inspirador de tantos aperfeiçoamentos do direito processual brasileiro, pelas lições que eu amealho desde os tempos da graduação em direito e pela pronta aceitação em participar da banca final da avaliação da tese.

Um agradecimento especial registro ao Prof. Dr. Aluísio Surgik, meu mestre da Faculdade de Direito de Curitiba, com o qual mantive um diálogo aberto e imprescindível para a compreensão histórica do direito processual. Também ao meu amigo e colega Juiz Federal, Flávio Antônio da Cruz, pelas nossas conversas durante o doutorado, que muito me ajudaram para enfrentar as críticas mais comuns ao pragmatismo.

Agradeço à administração do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nas pessoas do Desembargador Federal Tadaaqui Hirose e do Juiz Federal Nivaldo Brunoni, por apoiar e incentivar a formação acadêmica dos seus juízes federais, e a toda equipe da biblioteca e pesquisa jurídica da Justiça Federal do Paraná (Letícia, Ester, Carmen, Eduardo e Bianca), pela inestimável ajuda na colheita dos artigos e outros materiais bibliográficos.

Agradeço, também, o apoio de todos os servidores da 5ª Vara Federal de Curitiba, em especial a Maria Helena da Silva Pereira, por mais uma das suas eficientes revisões ortográficas e gramaticais, e a Celso Luiz de Paula Xavier, Diretor de Secretaria “pragmático”, pelas experiências de sucesso que muito inspiraram a produção deste trabalho.

Da mesma forma, agradeço aos servidores e colegas da Vara Federal de Paranaguá, com os quais trabalhei no último ano de elaboração da tese e cujo companheirismo permitiu a conclusão deste empreendimento.

E, como em várias outras ocasiões, desde a ULBRA em Ji-Paraná/RO, jamais poderia deixar de agradecer ao meu amigo do peito, Prof. Ms. Francisco José Garcia Figueiredo, doutorando em Coimbra, hoje na Universidade Federal da Paraíba, não só pela incessante troca de ideias, como também pela dedicada e exaustiva revisão do texto final.

Ao meu pai, Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde, meu incentivador intelectual desde criancinha, obrigado por mais esta etapa, pelas nossas conversas, ainda que ao telefone, e pela revisão dos textos.

A minha mãe, Sueli Ataíde, pelo carinho sempre disponível.

“O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos que exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia.” (Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, 2 ed., 2006, p. 79).

“Há esta possibilidade?

Poderão os juristas, como dona Flor, construir uma máscara de Vadinho que incite sua criatividade, que lhes provoque uma ardente aspiração à extrema liberdade das idéias? Poderão proteger a criatividade mais que a propriedade?” (Luís Alberto Warat, *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*, 1985, p. 37).

## RESUMO

Constata-se a emergência de um novo estágio metodológico do direito processual civil, capaz de superar o esgotamento do paradigma racionalista. Seu referencial teórico é o pragmatismo, contribuição filosófica norte-americana, elaborado a partir do final do século XIX, por intermédio do qual se constrói o método processual pragmático. Para expor esse novo método, revisam-se, historicamente, os estágios metodológicos até agora descritos – sincretismo, processualismo, instrumentalismo e neoprocessualismo –, evidenciando-se suas propostas, características e insuficiências. O pragmatismo é apresentado enquanto filosofia geral e filosofia do direito. Com essas bases, oferece-se o método processual pragmático, partindo-se da concepção de que a operacionalidade é elemento distintivo do direito processual. Propõe-se que a prestação jurisdicional seja a sua nova fonte metodológica, mais sistêmica e menos fragmentária. Com isso, procede-se à caracterização geral do novo método e apresentam-se as quatro diretrizes fundamentais pelas quais ele funciona. Argumenta-se que o pragmatismo já está sendo manifestado nos planos legislativo e jurisprudencial, ainda que de forma não organizada, e que é preciso compreendê-lo para propiciar sua mais intensa e criativa aplicação em diversos setores do conhecimento jurídico-processual. Por fim, oferecem-se algumas propostas a ser implementadas, com vistas à permeabilização do pragmatismo processual na ordem jurídica existente.

Palavras-chave: Pragmatismo. Processo Civil. Método.



## **ABSTRACT**

There has been the emergence of a new methodological stage of civil procedural law, able to overcome the depletion of the rationalist paradigm. Its theoretical reference is pragmatism, american philosophical contribution, drawn from the late nineteenth century, by which builds the pragmatic procedural method. To expose this new method, revise, historically, the methodological proceeding stages so far described – syncretism, processualism, instrumentalism and neoprocessualism –, evidencing their proposals, features and insufficiencies. Pragmatism is presented as a general philosophy and philosophy of law. On these bases, offers the pragmatic procedural method, starting from the conception of the operability that is distinctive element of procedural law. Proposes that the adjudication is your new methodological source, more sistemic and less fragmented. Thus, proceed to the general characterization of the new method and presents the four basic guidelines by which it works. It is argued that pragmatism is already manifested in the legislative and jurisprudential plans, albeit unorganized, and that we must understand it to provide a more intense and creative application in various sectors of the legal-procedural knowledge. Finally, offers up some proposals to be implemented, with a view to the permeabilization of the procedural pragmatism on the existing legal order.

Keywords: Pragmatism. Civil Procedure. Method.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1. – Quadro-resumo dos estágios metodológicos do processo civil	47
Tabela 2. – Método processual pragmático	119

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	14
<b>2 OS ESTÁGIOS METODOLÓGICOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL</b>	19
2.1 Sincretismo ou imanentismo	21
2.2 Autonomismo ou processualismo	22
2.3 Instrumentalismo	26
2.4 Neoprocessualismo ou formalismo-valorativo	35
2.5 Rumo ao quinto estágio	40
<b>3 O PRAGMATISMO</b>	48
3.1 Significações depreciativas da palavra pragmatismo	48
3.2 O pragmatismo e os pragmatistas	49
3.2.1 O pragmatismo clássico	50
3.2.2 O pragmatismo contemporâneo ou neopragmatismo	53
3.3 O pragmatismo filosófico	55
3.3.1 O pragmatismo é método	55
3.3.2 O pragmatismo é método para a ação	56
3.3.3 O pragmatismo é antifundacionista e antirracionalista	57
3.3.4 O pragmatismo é empirista	59
3.3.5 O pragmatismo é consequencialista, mas não é utilitarista	60
3.3.6 A concepção da verdade no pragmatismo	64
3.4 O pragmatismo jurídico	72
3.4.1 O realismo é filosofia; o pragmatismo é método	72
3.4.2 Características gerais do pragmatismo jurídico	76
3.4.2.1 A tripla exigência pragmática de León Duguit	76
3.4.2.2 Os princípios de adjudicação pragmática de Richard Posner	78
3.4.2.3 Antifundacionismo, consequencialismo e contextualismo	80
3.4.2.4 O pragmatismo jurídico é método para decidir de acordo com um referencial comum	82
3.4.3 O <i>Law and Economics</i> como instrumento do pragmatismo jurídico	84
3.4.4 O pragmatismo jurídico na convergência entre os sistemas da <i>civil law</i> e da <i>common law</i> : o respeito aos precedentes como estratégia pragmática	87
3.4.5 Argumentos contrários ao pragmatismo no direito	93
3.4.5.1 Violação ao princípio da separação dos poderes	93
3.4.5.2 Violação ao princípio democrático	96
3.4.5.3 Violação ao princípio da segurança jurídica	100
3.4.5.4 Violação ao princípio do devido processo legal	102
3.4.5.5 Óbice à realização dos direitos fundamentais	104

<b>4 O NOVO ESTÁGIO METODOLÓGICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL:</b>	<b>106</b>
<b>O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO</b>	
4.1 A operacionalidade como elemento do direito processual	106
4.2 A noção de soluções processuais	109
4.3 A prestação jurisdicional como fonte metodológica sistêmica	112
4.4 Caracterização geral do método processual pragmático	116
4.5 Diretrizes do método processual pragmático	118
4.5.1 Diretriz antifundacionista	119
4.5.1.1 Os conceitos e teorias sobre jurisdição, processo e ação	119
4.5.1.2 Jurisdição contenciosa <i>versus</i> jurisdição voluntária	121
4.5.1.3 Sobre a natureza jurídica da arbitragem	123
4.5.1.4 Simplificação conceitual do direito processual coletivo	124
4.5.2 Diretriz antirracionalista	125
4.5.2.1 Soluções criativas para o cumprimento de sentença coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos	125
4.5.2.2 Experiências pragmáticas de sucesso no cumprimento de sentenças coletivas	129
4.5.2.3 Soluções pragmáticas do passado: a exceção de pré-executividade e a desconconsideração da personalidade das pessoas jurídicas	131
4.5.3 Diretriz da concepção pragmática da verdade	134
4.5.3.1 Apresentação <i>versus</i> asserção: qual a proposição verdadeira em relação às condições da ação?	136
4.5.3.2 Autor <i>versus</i> Estado: quem é o verdadeiro beneficiário do produto das <i>astreintes</i> ?	138
4.5.4 Diretriz empiricista	141
4.6 Decidindo conforme as diretrizes do método processual pragmático	148
4.6.1 No plano legislativo	149
4.6.1.1 Pragmatismo nas reformas processuais	151
4.6.1.1.1 A dispensa de caução na execução provisória (art. 475-O, §2º, II, CPC)	152
4.6.1.1.2 A sentença liminar de improcedência (art. 285-A, CPC)	153
4.6.1.2 Os projetos-pilotos	155
4.6.1.2.1 Projeto-piloto dos Juizados Especiais Federais	156
4.6.1.2.2 Projeto-piloto do processo eletrônico	158
4.6.1.2.3 A criação da penhora <i>on line</i> na Justiça do Trabalho	161
4.6.1.2.4 Justiça itinerante: a justiça em todos os rincões do Brasil	163
4.6.1.3 O regime processual experimental	166
4.6.1.4 A delegação normativa do direito processual ao Poder Judiciário na experiência norte-americana	170
4.6.2 No plano doutrinário	174
4.6.3 No plano judicial	177
4.6.3.1 Cooperação e gestão processual no direito comunitário europeu: percursos procedimentais, contratualização do processo e calendário processual	178
4.6.3.2 Gestão processual cooperada: caminho para as soluções processuais criativas no Brasil	182
4.6.3.3 Níveis de inquirição pragmática: o caso da “ação do teto previdenciário” da Justiça Federal de São Paulo	185
4.6.3.4 Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal	188
4.6.3.4.1 O antipragmatismo no STF: caso APADECO/empréstimo compulsório	189

dos combustíveis	
4.6.3.4.2 Voto pragmático: legitimidade universal dos partidos políticos para o mandado de segurança coletivo	192
4.6.3.4.3 Solução pragmática no STF: reclamação constitucional, precedentes do STJ e Juizados Especiais Estaduais	195
4.6.3.5 Pragmatismo no Superior Tribunal de Justiça	198
4.6.3.5.1 Solução pragmática na execução fiscal de pequeno valor: mandado de segurança para garantir o respeito aos precedentes do STJ	199
4.6.3.5.2 Pragmatismo e processo coletivo	201
4.7 Algumas soluções processuais pragmáticas para o direito brasileiro	208
4.7.1 Intensificar o uso dos meios alternativos de solução de conflitos e redimensionar o papel dos postulantes para esse propósito	208
4.7.2 Reavaliar a destinação dos honorários advocatícios de sucumbência	211
4.7.3 Limitar o acesso ao Judiciário para ampliar o acesso à Justiça	213
4.7.4 Racionalizar o acesso aos tribunais superiores	214
4.7.5 Combater o abuso processual e rever a configuração das multas processuais	216
4.7.6 Ampliar o espectro de atuação do processo coletivo	218
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>220</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>224</b>
<b>ANEXO 1 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA 2001.70.00.040170-0/PR (DECISÃO)</b>	<b>250</b>
<b>ANEXO 2 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA 2001.70.00.040170-0/PR (ATA DE AUDI-ÊNCIA)</b>	<b>258</b>
<b>ANEXO 3 – Estatísticas judiciais (execuções individuais de sentenças coletivas)</b>	<b>260</b>
<b>ANEXO 4 – REGIME PROCESSUAL CIVIL DE NATUREZA EXPERIMENTAL (Decreto-Lei 108/2006 de 8 de junho, Portugal)</b>	<b>262</b>
<b>ANEXO 5 – Íntegra do voto do Min. Sidnei Beneti (STJ) no RECURSO ESPECIAL 1.110.549 - RS (2009/0007009-2)</b>	<b>271</b>
<b>ANEXO 6 – Íntegra do voto do Min. Honildo Amaral de Mello Castro (STJ) no RECURSO ESPECIAL 1.110.549 - RS (2009/0007009-2)</b>	<b>275</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro vive uma época singular.

Ao mesmo tempo em que continua guiado por certas construções teóricas herméticas, ainda influenciadas pelo paradigma científico-racionalista que lhe deu origem, dá fortes sinais de desapego, exibindo soluções, em todos os níveis, mais ditadas pela experiência e pelo compromisso com resultados operacionais.

No plano legislativo tem-se, de um lado, uma instabilidade normativa, gerada pelas sucessivas ondas de reformas processuais que marcaram, sobretudo, as duas últimas décadas no Brasil. A doutrina reclama das dificuldades para sistematizar a colcha de retalhos em que se transformou o Código de Processo Civil (CPC). Os juízes e advogados perambulam perdidos e sem referências em tamanho emaranhado de novos artigos. Algumas novidades nem chegaram a ser testadas, muito em razão do desconhecimento acerca da sua existência e de seu funcionamento. E, para aumentar a ansiedade, anuncia-se que uma nova codificação poderá vir a qualquer instante.

Ainda nesse plano, registra-se uma doentia insuficiência de instrumentos normativos mais modernos para setores considerados estratégicos na construção de uma tutela jurisdicional mais justa, igualitária e racional em termos de custos e de administração. Por todos esses setores clama o processo coletivo, nas suas várias modalidades, que contém em si a potencialidade de ampla otimização da prestação jurisdicional, mas que continua, por ignorância ou por má-fé, sendo relegado a segundo plano pela produção legislativa.

De outro lado, mesmo dentro desse quadro normativo instável e insuficiente, de difícil organização, algumas leis trouxeram significativos avanços operacionais na administração do processo, muito embora tenham causado certa perplexidade pelas características das soluções oferecidas.

Um exemplo desse fenômeno, a título de introdução, foi a inserção do art. 285-A no CPC, pela Lei 11.277/2006, na última das grandes ondas reformadoras da legislação processual. O novo artigo permite que o juiz dispense a citação do réu e

reproduza, de imediato, a sentença de mérito de total improcedência dos casos idênticos anteriores do mesmo juízo, a qual, uma vez preclusa, estará acobertada pela coisa julgada material. Autoriza-se, com isso, a resolução de mérito da causa, de forma definitiva, sem citação ou contraditório.

A doutrina, de uma maneira geral, tem demonstrado grande dificuldade para compreender e aceitar essa nova solução. Muitos têm apontado a inconstitucionalidade do instituto, especialmente pela violação ao princípio do contraditório. Por esse fundamento, há, inclusive, ação direta proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal.

Realmente, pelos postulados tradicionais do direito processual, o art. 285-A do CPC não tem muita explicação. O contraditório tem sido ligado à própria noção de processo. É base dos movimentos jurídicos mais contemporâneos, de corte constitucional. Como dispensar a citação, até hoje considerada como pressuposto processual de existência? Sem citação, não haveria processo. Sem processo, não poderia a jurisdição ser exercida, pelo que não poderia haver resolução de mérito, nem coisa julgada. Os manuais de processo civil repetem essas lições.

Tirante essa resistência teórica, há um outro dado desconsiderado pelos críticos.

O procedimento hoje previsto no art. 285-A do CPC é uma experiência prática de sucesso ocorrida antes da edição da lei.

Esse proceder já fazia parte do cotidiano dos Juizados Especiais Federais. Nesses Juizados, especialmente a partir de 2003, a dispensa da citação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em ações repetitivas, quando o pedido era improcedente *prima facie*, tornou-se usual e sem oposições, revelando-se uma solução que tornava o processo mais barato e eficiente, sem comprometer a prestação jurisdicional.

Apesar de se afastar dos conceitos e princípios comuns do direito processual, a solução, criada na prática, deu certo. E, como experiência de sucesso, inspirou a edição da lei que introduziu o art. 285-A no CPC.

O exemplo mostra que algo diferente aconteceu: a experiência ditou a solução processual que, depois de testada e aprovada, foi convertida em regra geral positivada em lei. Mais do que isso: foi adotada como regra processual, ainda que não enquadrada nas balizas conceituais do processo civil.

Como se verá, fenômenos semelhantes aconteceram na construção dos próprios Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001), do processo eletrônico (Lei 11.419/2006) e de outras instituições processuais relevantes, apontando um caminho diferenciado – e ainda não devidamente estudado no campo do direito – de produção de leis processuais, cujas características se afastam da metodologia jurídica tradicional do *civil law*, de índole racionalista.

No plano da jurisprudência, a insuficiência normativa em áreas estratégicas tem levado os tribunais a dar respostas processuais completamente divorciadas do contexto legal em que se inserem. Forjam-se soluções que não conseguem ser explicadas senão por imperativos práticos e operacionais, como a otimização da atuação do judiciário ou a melhor ordenação dos processos.

O melhor exemplo desse fenômeno é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre processos coletivos, construída nos últimos anos, especialmente no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos.

Também aqui é muito difícil compreender, pelos meios tradicionais de interpretação, como é que o STJ autoriza a suspensão de ofício de ações individuais, ante a pendência de ação coletiva sobre a matéria, sem que isso tenha previsão nas leis que regem o processo coletivo, especialmente no Título III do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que hoje compõe, ao lado da Lei da Ação Civil Pública (LACP), o sistema geral de proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O mais impressionante é que, desse sistema legal, exatamente o contrário é o que se deduz: apenas o autor pode requerer a suspensão da sua ação individual, caso deseje, um dia, ser beneficiado pela futura e eventual sentença de procedência da ação coletiva.

O que leva o tribunal responsável por zelar pelo respeito à legislação federal a contrariá-la tão claramente? Conforme se extrai dos respectivos acórdãos, assim é preciso agir para garantir a efetividade da atividade jurisdicional em relação a macrolides, evitando-se a multiplicidade de processos individuais.

Em outras palavras, o tribunal decidiu fora do sistema legal, tendo por norte um resultado mais favorável para a atividade jurisdicional: diminuição de processos, sem diminuição na proteção de direitos.



Nenhum modelo processual brasileiro anterior concebeu a possibilidade de se negar vigência à lei defasada e insuficiente, para criar soluções processuais mais aptas a enfrentar os problemas reais do processo e da prestação jurisdicional.

A proposta deste trabalho é revelar o que está acontecendo nesta época singular do direito processual, de maneira a permitir uma melhor compreensão desses e de outros fenômenos verificados em todos os planos de sua produção.

O que se pretende evidenciar é que não se está vivendo a barbárie institucionalizada ou o arbítrio sem controle, mas, sim, experimentando-se um novo estágio metodológico do direito processual civil.

O referencial teórico apto para descrever essa nova metodologia processual é o pragmatismo clássico, tal qual desenvolvido pela filosofia norte-americana a partir, sobretudo, da primeira metade do século XX.

Mais do que revelar o pragmatismo informando uma nova maneira de construir soluções processuais, este trabalho busca consolidar as características e diretrizes do método processual pragmático, permitindo que o seu estabelecimento doutrinário frutifique novas soluções para o cotidiano da experiência jurídica e ajude a realizar, concretamente, a promessa de uma prestação jurisdicional mais adequada, efetiva e tempestiva.

Para atingir ambos os objetivos traçados – revelar que o método pragmático já está aí e aprofundar a sua aplicação em todos os planos do direito processual –, parte-se, no primeiro capítulo, de uma breve revisão dos estágios metodológicos do processo civil – do sincretismo ao neoprocessualismo –, permitindo-se a recordação das várias maneiras de se ver e de se pensar o direito processual civil no decorrer dos tempos.

No segundo capítulo, além de uma introdução histórica, apresenta-se o pragmatismo como filosofia, objetivando esclarecer as origens e as características dessa que é a mais original contribuição norte-americana ao pensamento filosófico. Exibe-se, também, o pragmatismo jurídico, que é aplicação do método pragmático ao direito em geral, enfrentando-se as críticas mais comuns contra ele dirigidas. Esse capítulo se justifica por duas razões: a primeira, porque o pragmatismo é o referencial teórico desta tese; a segunda, porque essa escola é relativamente desconhecida no meio jurídico brasileiro, o que torna necessário deixar claras as suas propostas.

Com esses fundamentos será possível demonstrar o pragmatismo aplicado ao direito processual civil, núcleo essencial deste trabalho, objeto do terceiro capítulo.

Serão expostas, de início, as bases e as características do método processual pragmático, como novo estágio metodológico do processo civil, inclusive distinguindo-se suas quatro diretrizes fundamentais, pelas quais funciona e se desenvolve.

Num segundo momento – decidindo conforme as diretrizes pragmáticas –, será demonstrada a aplicação concreta do pragmatismo nos planos legislativo, doutrinário e judicial, revelando que a metodologia pragmática já existe, embora ainda não tenha sido explicitamente reconhecida e/ou sistematizada cientificamente.

O terceiro capítulo terminará com a apresentação de algumas propostas pragmáticas para o aperfeiçoamento do sistema processual civil brasileiro.

O mais importante será deixar bem assentado que o novo método, baseado no pragmatismo, apresenta-se como uma possibilidade de superação do paradigma racionalista, que tantos entraves tem trazido à construção de um direito processual civil mais comprometido com resultado que dele se espera: proporcionar uma prestação jurisdicional justa e em tempo razoável.

Mas, para melhor refletir sobre as propostas que aqui serão apresentadas, exige-se mente aberta e a mais livre possível dos dogmas que tanto foram ameadados a partir da cultura jurídica romano-canônica. O pragmatismo repele os dogmas que atrapalham os bons resultados. Talvez essa seja a sua mais importante característica. E a que mais se terá dificuldade de assimilar.

## 2 OS ESTÁGIOS METODOLÓGICOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Costuma-se dizer que o direito processual tem um pouco mais de cem anos.

Quer-se com isso dizer que a construção científica do direito processual é fato histórico recente, cujos brotos datam de meados do século XIX, a partir das obras dos juristas alemães, seguidas das dos italianos.<sup>1</sup>

Mas isso não quer dizer que o fenômeno processual seja dado novo; sua organização científica que o é. O processo como realidade é muito anterior ao processo como literatura.<sup>2</sup>

Assim, falar em estágios metodológicos<sup>3</sup> do direito processual é falar em sua evolução epistemológica,<sup>4</sup> vale dizer, o caminho percorrido pelas diversas técnicas de investigação e compreensão do fenômeno processual. Tais técnicas compreendem “qualquer procedimento lingüístico ou operacional, qualquer conceito e qualquer instrumento que uma ou mais disciplinas utilizem na aquisição e na verificação de seus resultados.”<sup>5</sup>

De uma maneira mais ampla, também se pode conceber tais estágios como peculiares visões ou leituras de mundo, influenciadas pelos momentos históricos em que se inseriram. Nesse sentido, seria demonstrar como a noção de processo foi se modificando com o decorrer do tempo, dadas as condições históricas em que essa noção foi produzida.

Para este trabalho, interessa mais a segunda hipótese.

---

<sup>1</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 183, mai. 2010. p. 166-173.

<sup>2</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), t. 1, 1ª reimp, México/D.F., UNAM, 1992. p. 294.

<sup>3</sup> Na literatura processual brasileira, Cândido Rangel Dinamarco utiliza o termo “momentos metodológicos”, enquanto que Daniel Mitidiero e Fredie Didier Junior preferem o termo “fases metodológicas” para designar as grandes linhas de pensamento do direito processual no decorrer da História (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29; DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 12 ed. Salvador: Podium, 2010. v. 1. p. 26-29). Elegeu-se, nesta tese, o termo “estágios metodológicos” para essa mesma tarefa, a fim de melhor aludir às etapas pelas quais a metodologia processual se desenvolveu e se desenvolve, sem querer com isso significar que cada estágio componha um compartimento historicamente estanque ou isolado dos demais.

<sup>4</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

<sup>5</sup> ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 669.

Interessa demonstrar como o direito processual foi construído no decorrer dos tempos e, assim, como o homem encara o processo como fenômeno histórico e social. Em um estágio primordial, como dado puramente prático, em um estágio seguinte, como objeto científico, noutros estágios posteriores, como produto de visões, fontes e finalidades diferenciadas.

É evidente, como sempre se dá na historiografia, que esses estágios não são delimitados de forma estanque ou isolada, como se fossem produto de uma decisão irrevogável e universal. Um estágio metodológico é uma visão de mundo. E, como visões de mundo, compartilham-se e disputam-se reciprocamente, caminham interagindo, positiva ou negativamente, um estágio criando o outro ou recriando a si mesmo. É possível, inclusive, se convencer que um estágio, afirmado pela doutrina, consistirá, na verdade, em apenas um desdobramento de outro, ou mesmo em um antecedente, travestido com outro nome, sem alterar a sua base metodológica fundamental.

Mas é preciso advertir que essa evolução epistemológica não significa, necessariamente, progresso em termos do que se espera que o processo seja e realize. Ela exhibe o que se construiu e até onde se chegou. As referências temporais – do primeiro ao quarto estágio – não indicam graus de excelência, mas, apenas, registram uma sucessão de perspectivas metodológicas. Portanto, o quarto estágio, se é que ele existe, não é, *a priori*, melhor do que o terceiro ou do que o segundo. Ele é cogitado como um estágio metodológico por razões lançadas pelos seus identificadores. Se é melhor ou não, se merece, ou não, crédito, isso dependerá de outras análises críticas, as quais se pretende lançar mais adiante.

Considere-se, por último, que essa elaboração histórica de estágios metodológicos do direito processual se ajusta à realidade das instituições jurídicas derivadas do *civil law*, da tradição do direito europeu continental e dos direitos que lhe seguiram, como é o caso do direito brasileiro. Elaboraões como essas não se ajustam aos sistemas processuais derivados do *common law*, os quais possuem uma evolução histórica completamente diferente.<sup>6</sup> Não se pode, portanto, pretender explicar o direito processual de hoje, sem identificar o local da sua produção e suas influências externas.

---

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23-24.

Porém, é importante registrar, a tendência contemporânea de convergência entre os sistemas da *civil* e da *commom law* não pode ser desprezada em qualquer reflexão metodológica do direito, dada à possibilidade do surgimento de um novo e promissor modelo estrutural do processo civil.<sup>7</sup> Em razão disso é que esta tese dedicará um estudo específico adiante, procurando exibir os laços existentes entre essa convergência e o pragmatismo jurídico, apontando o respeito aos precedentes como estratégia pragmática.

A recordação histórica dos estágios metodológicos é particularmente importante para se verificar se o pragmatismo, como método para o direito processual civil, realmente é algo novo e diferenciado, se a proposta realmente contém uma variação que os estágios precedentes não apresentaram.

Neste trabalho, conforme o catálogo existente na doutrina atual, apresentar-se-ão os seguintes estágios metodológicos do direito processual civil: a) sincretismo ou imanentismo; b) autonomismo ou processualismo; c) instrumentalismo; e d) neo-processualismo ou formalismo-valorativo.

## 2.1 SINCRETISMO OU IMANENTISMO

A origem desse estágio remonta ao direito romano, no qual o próprio direito era produzido processualmente, como um sistema de ações, sem o caráter normativista dos dias atuais.<sup>8</sup>

No estágio sincretista ou imanentista – temporalmente, o mais longo –, não se registrava um direito processual cientificamente autônomo, pois as categorias que hoje lhe são inerentes não eram destacadas e organizadas segundo metodologia própria.

A ação era entendida como um apêndice do direito material,<sup>9</sup> vista como o próprio direito subjetivo reagindo contra a ameaça ou violação.<sup>10</sup> Dessa forma, a a-

---

<sup>7</sup> STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 200, out. 2011. p. 207-208.

<sup>8</sup> SURGIK, Aloísio. Lineamentos do processo civil romano. Curitiba: Livro é Cultura, 1990. p. 11. Marcelo Abelha Rodrigues destaca que, no período das *legis actiones* do direito romano clássico, ação e direito mantinham um elo mais íntimo do que aquele inerente à teoria civilista da ação. Segundo explica o autor, “[...] o direito podia nascer da ação, ou seja, esta poderia ser anterior ao *jus*, poderia gerá-lo. É nesse sentido que se diz que o direito romano é de formação eminentemente processual, ou seja, era da atividade jurisdicional do Estado romano que se ia constituindo o direito substantivo romano.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 82).

<sup>9</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 23.

ção era imanente ao direito material, sendo o próprio direito subjetivo ou, então, elemento, atributo, qualidade, aspecto, momento, consequência ou garantia desse direito.<sup>11</sup> Plasmavam-se os planos substancial e processual, num direito sincrético, atendido pelas teorias civilistas.

Como ilustração, para SAVIGNY, a ação era “a metamorfose do direito”; para PLANIOL, “um direito potencial, dependente do direito subjetivo”; UNGER comparava a ação ao “direito em pé de guerra, no saio marcial, em oposição ao direito em estado de paz, na toga”; MATTIROLO conceituava a ação como o direito “elevado à segunda potência”; para CLÓVIS BEVILÁQUA, era “elemento constitutivo do direito”, enquanto que para EDUARDO ESPÍNOLA era “garantia do direito”; TEIXEIRA DE FREITAS dizia que a ação “nasce com o direito, dele descende, com ele se confunde.”<sup>12</sup>

Diante da concepção imanentista da ação, o processo não poderia ser muito mais do que fórmula, procedimento ou sucessão de atos para permitir a aplicação do direito material. Regia-se pelas categorias do direito privado, especialmente as do contrato. Como salienta LUIZ GUILHERME MARINONI, “se o direito material não se distinguia do direito de ação, obviamente não se poderia atribuir ao procedimento natureza diversa da de um rito instituído em nome da aplicação judicial do direito material.”<sup>13</sup>

Por essas características é que se conclui que o sincretismo não foi, propriamente, um dos estágios metodológicos do direito processual. Durante seu transcurso, direito processual não havia, nem muito menos metodologia jurídica processual. Não obstante, melhor manter sua localização como primeiro estágio, no sentido de um momento primordial ou pré-histórico do direito processual. Com isso, facilita-se a fixação dos estágios posteriores, nos quais o direito processual foi criado e consolidado, possibilitando a comparação das respectivas ideias.

## 2.2 AUTONOMISMO OU PROCESSUALISMO

---

<sup>10</sup> REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Curso de direito processual civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968. v.1. p. 143.

<sup>11</sup> REZENDE FILHO, G. J. R. de. Curso de direito processual civil, p. 145.

<sup>12</sup> REZENDE FILHO, G. J. R. de. Curso de direito processual civil, p. 144-145.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 389.

O autonomismo ou processualismo foi o estágio em que o direito processual civil nasceu e passou a ser encarado como ramo jurídico cientificamente autônomo.

Essa distinção do direito processual foi derivada das manifestações do racionalismo da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX.

Como tal, do ponto de vista epistemológico, somente admitia o pensamento e a razão como fontes do conhecimento humano universal,<sup>14</sup> elegendo a matemática como modelo de ciência perfeita e pura.<sup>15</sup>

No plano jurídico, o racionalismo foi bem representado pela pandectística alemã do século XIX, a qual, sistematizando as fontes romanas, tinha por objetivo purificar o direito, alijando-o da cultura e dos influxos da História.<sup>16</sup> As obras que certificaram o nascimento do direito processual são germânicas, sendo notórias as de OSKAR VON BÜLOW (“A Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”, de 1868) e ADOLF WACH (“A pretensão de declaração”, de 1888).<sup>17</sup> Não obstante, se a formação inicial do processualismo se deveu aos racionalistas alemães influenciados pela pandectística, o seu posterior desenvolvimento e difusão constituem obra italiana, cujo maior expoente foi GIUSEPPE CHIOVENDA, líder da Escola Histórico-Dogmática.<sup>18</sup> Descendente direto dessa escola foi ENRICO TULLIO LIEBMAN, grande responsável pela introdução do processualismo no direito brasileiro, inspirando a elaboração do Código de Processo Civil de 1973.<sup>19</sup>

Para os fins desta tese, o importante é destacar que o direito processual civil científico, como manifestação do racionalismo no plano jurídico, foi um produto do pensamento, não da experiência.

Esse estágio metodológico do direito processual foi essencialmente teórico, destinado a lançar as bases estruturais de um novo saber jurídico. Em outras palavras, foi um momento nitidamente conceitualista, em que surgiram, da razão, novos conceitos, sistemas, classificações, sempre com o objetivo de diferenciar, isolar e distinguir as instituições processuais das demais instituições jurídicas.

---

<sup>14</sup> HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 48.

<sup>15</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 160, jun. 2008. p. 328.

<sup>16</sup> MITIDIERO, D. O processualismo e a formação do Código Buzaid, p. 168-169.

<sup>17</sup> MITIDIERO, D. O processualismo e a formação do Código Buzaid, p. 167-170.

<sup>18</sup> MITIDIERO, D. O processualismo e a formação do Código Buzaid, p. 170-171; MAIA FILHO, Paulo Américo. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, mar. 2010. p. 317-318.

<sup>19</sup> MITIDIERO, D. O processualismo e a formação do Código Buzaid, p. 174.

Esse fato é bem ilustrado pelo depoimento do próprio CHIOVENDA, no prefácio da sua obra fundamental, escrito na primeira metade dos anos 30 do século passado:

O leitor paciente se encontrará e talvez esbarrará a cada trecho com idéias, fórmulas ou teorias de que não terá precedentes na doutrina italiana. Mais ainda: defrontar-se-á por vezes com institutos tão descuidados entre nós que o autor se viu na ingrata contingência de cunhar, para exprimi-los, locuções novas, como a condenação sob reserva, a competência funcional, a substituição processual, o impulso processual, o litisconsórcio necessário. Não é por vaidade que se faz este registro. Muito ao contrário!<sup>20</sup>

CHIOVENDA bem caracteriza o quanto foi intelectualmente criativo esse estágio. Era necessário, de fato, forjar os conceitos fundamentais, para bem separá-la das outras disciplinas, especialmente daquelas dedicadas ao direito material privado. Para alcançar a autonomia científica, o direito processual precisava isolar seu objeto, construir seu método e sistematizar sua estrutura fundamental por intermédio de conceitos próprios.

O autonomismo ou processualismo, como estágio metodológico do direito processual, ao lançar seus conceitos e sistemas, visualizava o processo a partir de um ângulo interno, anatômico, decompondo e recompondo sinteticamente suas partes, com o objetivo fundamental de dar-lhe organização sistemática. Criou nomes, forneceu classificações, elencou características, sempre com o compromisso de atender ao método que a ciência reclama.<sup>21</sup> A ciência foi o seu substrato. Fidelidade ao método científico foi o seu objetivo. Qualquer solução que não se enquadrasse na lógica abstrata dos postulados científicos não poderia ser aceita, não era racional, nem científica.

O método de estudo era tipicamente escolástico e formalista, endereçado à busca de uma ciência processual pura e ideologicamente neutra.<sup>22</sup> O processo, como expressão do sistema racionalista, passou a ser visto como um sistema lógico fechado a ser estudado pela dogmática jurídica.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1. p. 9.

<sup>21</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 81-82.

<sup>22</sup> MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 319-320.

<sup>23</sup> GOMES NETO, J. M. W., NOGUEIRA, F. S. M. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil, p. 338.



A doutrina de SÉRGIO CRUZ ARENHART bem caracteriza esse estágio metodológico, enfatizando a dissociação que se operou entre o processo e a experiência:

A autonomia do direito processual – interessada que estava a ciência processual em demarcar o objeto do seu estudo, separando-o de qualquer outra figura jurídica – contribui eficazmente para que este processo estéril seja justificado; se o processo é uma figura autônoma em relação ao direito material, não é sua função (nem objeto de sua preocupação) dar guarida ao direito material. O processo possuía fins em si mesmo, distintos da resolução da controvérsia. O objetivo do processo era simplesmente a atuação do direito, garantidos às partes os direitos processuais impostos e tidos como indispensáveis ao processo regular; se, com isso, o problema social foi resolvido, ou se o processo teria condições de ser efetivamente útil à realização do direito material postulado, isso não era pertinente à ciência processual, mas questionamento a ser posto em termos de política legislativa.<sup>24</sup>

O centro irradiador das ideias da teoria processualista não poderia deixar de ser a ação, dadas às polêmicas que gravitaram em torno da sua relação com o direito material. Toda a construção científica do direito processual partiu da separação do direito material em relação à ação, rompendo com a tradição das teorias civilistas da ação, localizadas no estágio primitivo imanentista.

Mas não só por isso: a preponderância metodológica da ação correspondia perfeitamente às concepções individualistas que marcaram o liberalismo do século XIX, com vistas à proteção da liberdade e da autonomia da vontade.<sup>25</sup>

Não importa aqui rever todas as construções teóricas que marcaram esse estágio metodológico inaugural do processo civil cientificamente autônomo.

Importa é resgatar as suas principais características: a) conceitualismo: o processo é produto do pensamento, um ser lógico-ideal;<sup>26</sup> a partir daí, a tarefa do processualista é produzir os conceitos pelos quais o processo pode ser conhecido; b) formalismo: para elaborar um direito processual autônomo, o processualista visualiza o processo de um ângulo interno ou anatômico, ou seja, o ângulo do formalismo processual. Visa a construir seus conceitos fundamentais e a reuni-los organicamente de maneira a formarem um corpo lógico que possa responder às demandas científicas que se apresentem ao jurista ideologicamente neutro; c) a ação é a fonte metodológica primária: como a separação entre ação e direito foi indispensável para a

<sup>24</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 25-26.

<sup>25</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 23-29; DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 77-79.

<sup>26</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 83.

elaboração científica do direito processual, os institutos processuais passam a ser pensados a partir da autonomia da ação, a qual correspondia à preponderância da autonomia da vontade individual, típica do pensamento liberal do século XIX.

## 2.3 INSTRUMENTALISMO

O processualismo, ao tempo de lançar os conceitos fundamentais da ciência processual, radicalizou-se, tornando o processo um fim em si mesmo. A par de distinguir o plano processual em relação ao material, o processualismo acabou por romper os laços entre ambos, isolando-os como em paralelo. Nas palavras de DANIEL MITIDIERO, “quanto mais precisos ficavam seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais”.<sup>27</sup>

O cientificismo marcante da fase autonomista acabou por transformar o estudo do direito processual civil em algo tipicamente formalista, dogmático e dissociado dos dados da experiência e dos problemas reais do cotidiano forense. Sua preocupação, relatam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH,

[...] era freqüentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as “normas” de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.<sup>28</sup>

No entanto, essa “asepsia” da ciência processual, isolada da contaminação do direito material e dos influxos da experiência,<sup>29</sup> começou a ser questionada em face das novas exigências que passaram a pesar sobre o processo e o seu direito, especialmente após as transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas a partir da Segunda Guerra Mundial.

Esse novo momento histórico exigia não só uma clara proclamação dos direitos humanos – menosprezados pela guerra – como uma garantia de respeito a

---

<sup>27</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 34.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10.

<sup>29</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jéferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, set. 2009. p. 346.

esses mesmos direitos. Consequentemente, os regimes democráticos constitucionais passam a prometer que o Estado asseguraria a eficácia direta e imediata dos direitos humanos e essa promessa somente se concretizaria se o Estado pusesse à disposição dos cidadãos a garantia da tutela jurisdicional efetiva ou do amplo acesso à Justiça.<sup>30</sup> De maneira mais simples: promessas de garantias e efetividade através da tutela jurisdicional.

Com isso, o direito processual foi chamado a se perguntar sobre suas dimensões externas, seus escopos fundamentais, sua missão junto ao mundo real cambiante, num movimento que ficou conhecido, especialmente a partir dos anos 60, como do acesso à justiça.<sup>31</sup>

Toda essa conjuntura histórica, na qual o movimento de acesso à justiça passou a trabalhar, propiciou o avanço para o terceiro estágio metodológico do processo civil, denominado instrumentalismo.<sup>32</sup>

O estágio instrumentalista do direito processual, segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART, surgiu como uma forma de recuperação da finalidade concreta do processo, através da qual “o processualista se dá conta de que o processo não é mais do que uma ferramenta, e, como tal, deve ser útil para desempenhar o seu papel. A ferramenta inútil ou inadequada para certa tarefa não tem serventia e será descartada.”<sup>33</sup> O processo, como instrumento, precisa se tornar apto a desenvolver suas funções, ou, nas palavras de SERGIO CHIARLONI, “si comincia a guardare al processo come una macchina che deve rendere un servizio efficiente ai soggetti che lo chiedono.”<sup>34</sup>

O instrumentalismo – sem ignorar as bases conceituais do direito processual – tratou de visualizar o processo a partir de um ângulo externo,<sup>35</sup> considerando

---

<sup>30</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 164, out. 2008. p. 42.

<sup>31</sup> Segundo Marinoni e Arenhart, “A constatação de que o processo não atendia às necessidades sociais fez surgir, bem mais de meio século após o início da formação da escola sistemática, nova perspectiva de análise, que pode ser designada de ‘acesso à justiça’; o processo, a partir daí, passa a ser compreendido na sua dimensão política, social e econômica.” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 66).

<sup>32</sup> Segundo Paulo Américo Maia Filho, a conferência “Processo e Democracia”, de Piero Calamandrei, datada de fevereiro de 1952, é considerada o marco inicial da fase instrumentalista do processo (MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 320).

<sup>33</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 30.

<sup>34</sup> “se começa a olhar ao processo como uma máquina que deve render um serviço eficiente aos sujeitos que o pedem.” (CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 176, out. 2009, p. 109, tradução nossa).

<sup>35</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 11.

suas dimensões sociais, políticas e econômicas para além da dimensão puramente lógica ou normativa.

Esse olhar externo ao processo, levando em conta as transformações sociais e econômicas da época, pronunciando o corte metodológico, é bem ilustrado pelo célebre relatório sobre acesso à justiça, produzido por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, no qual são examinadas as principais barreiras ao acesso à Justiça, revelando-se os padrões entre os diversos sistemas jurídicos analisados. A conclusão é que tais obstáculos

[...] são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.<sup>36</sup>

Note-se: CAPPELLETTI e GARTH perceberam que não bastava mais desenvolver as instituições processuais a partir de conceitos organicamente dispostos, produzidos exclusivamente pelo pensamento. Era preciso conhecer como a realidade do processo e da prestação jurisdicional se manifestava, examinando as dificuldades reais para o acesso à justiça e para a realização dos direitos. O direito processual, dessa forma, deveria deixar de ser refratário aos dados da experiência.

O instrumentalismo inovou ao deslocar o ponto de vista para fora do processo (ângulo externo), tornando o direito processual mais permeável à experiência. Da mesma forma, ao concentrar energia na reflexão sobre os escopos do processo, perguntando quais as finalidades que deveriam ser atingidas pelo processo, enquanto instrumento de realização do direito material.

O levantamento dos fins do processo é observado pela doutrina de SÉRGIO CRUZ ARENHART como essencial à própria noção de instrumentalidade:

Tratar, então, da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa. A noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se torne por parâmetro de sua utilização. Se o instrumento pode ser utilizado para diversos fins, deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção desse objetivo. Assim, ao tratar da instrumentalidade do processo, é imperioso também aludir aos fins a que o processo se destina, sob pena de não dizer nada. Explorar, pois, os fins do processo é essencial para a de-

---

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. Acesso à justiça, p. 30.

terminação da noção de instrumentalidade e para saber quando o processo realmente será instrumental.<sup>37</sup>

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o mais destacado e influente defensor desse estágio metodológico no Brasil, o instrumentalismo somente tem sentido com a investigação e fixação dos escopos social, político e jurídico do processo, pelos quais se poderá revelar a utilidade das instituições processuais.<sup>38</sup>

Com essa tarefa fundamental, DINAMARCO formulou a conhecida série de escopos do processo: o “escopo social” é pacificar com justiça; o “escopo político” é afirmar o poder estatal, cultivar a liberdade e garantir a participação política; o “escopo jurídico” é atuar a vontade concreta da lei. Também apontou o duplo sentido do instrumentalismo: o “sentido negativo”, para prevenir que o tecnicismo ou o formalismo impeçam a conquista dos objetivos preconizados, sem “desprocessualizar” a ordem jurídica; e o “sentido positivo”, relativo à efetividade do processo, com a realização plena de todos os seus escopos institucionais.<sup>39</sup>

Percebe-se, claramente, nessa proposta, que o instrumentalismo veio para reagir à esterilidade conceitual derivada do processualismo, que aprimorou conceitos, mas se desligou da realidade social. E, para isso, recorreu-se ao pensamento teleológico, fixando-se previamente os objetivos a perseguir.

Não bastava mais a coerência interna ou a correspondência lógica, pois o processo precisava alcançar os objetivos a que se propôs, realizando os resultados que dele são esperados: a efetividade do processo surge como lema do instrumentalismo.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 35.

<sup>38</sup> Segundo o jurista, “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a relevar a sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo especificação de todos os objetivos visados e do modo como se interagem, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo: sem compreender a sua instrumentalidade assim integralmente e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer conseqüências cientificamente úteis e aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional.” (DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 149-150).

<sup>39</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 149 e ss. Sérgio Cruz Arenhart resume esses escopos em um único: a justiça. Segundo ele, “[...] instrumental será o processo que se mostre justo, apto a atender a tais objetivos, acima arrolados, e a fazê-lo de maneira rápida e eficiente.” (ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 38-39).

<sup>40</sup> Segundo Mauro Cappelletti, o conceito de “efetividade” é algo vago. Nas suas palavras, “[...] a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser

A efetividade do processo, na visão de DINAMARCO, é conceito intimamente ligado à aferição dos seus escopos. Segundo ele, a efetividade

[...] significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhe a liberdade. Sempre, como se vê, é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema.<sup>41</sup>

De uma maneira mais simples, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, discípulo de DINAMARCO, conceitua processo efetivo como “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.<sup>42</sup>

O instrumentalismo teve o mérito de chamar a atenção para os resultados do processo. Processo efetivo é o que proporciona às partes o resultado almejado pelo direito material. Os pontos de contato com o plano material são, aos poucos, restabelecidos, sem implicar em retorno à fase sincretista. A metodologia processual passa a considerar o resultado como elemento influente nas suas investigações teóricas.<sup>43</sup>

Para dar sucesso às suas aspirações teleológicas e de efetividade processual, o instrumentalismo concentrou suas estratégias em torno do poder estatal, deslocando para a jurisdição o centro irradiador das ideias processuais.<sup>44</sup> Nem ação, nem processo merecem esse lugar de destaque. Segundo DINAMARCO, “por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual.”<sup>45</sup> No mesmo local, prossegue o professor da Escola Paulista de Processo, dizendo que “nem o processo merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanção e alvo de

---

completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.” (CAPPELLETTI, M., GARTH, B. Acesso à justiça, p. 15).

<sup>41</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 271.

<sup>42</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

<sup>43</sup> Segundo Dinamarco, “O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é a postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica na instrumentalidade do sistema processual.” (DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 266-267).

<sup>44</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 78.

<sup>45</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 79.

convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual.”

Para justificar a jurisdição como polo metodológico do direito processual instrumentalista, DINAMARCO afirma que o direito processual contém, no fundo e essencialmente, a disciplina do poder e do seu exercício, elemento que confere a possibilidade de uma teoria geral do processo, dentro de uma visão publicista.<sup>46</sup>

Essa opção metodológica do instrumentalismo, posicionando a jurisdição e o poder ao centro, é tratada, pela crítica, como autoritária<sup>47</sup> e estatista.<sup>48</sup>

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, em conferência proferida no ano de 2000, resumiu, de forma contundente, os clamores dessa crítica:

Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela “instrumentalidade” foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor do poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como ‘dado’ o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria e se necessitava apenas de reformulação.<sup>49</sup>

Ao centralizar no juiz e no poder estatal a metodologia processual, o instrumentalismo, ainda segundo a crítica, tende a minorar ou a negar o poder dos demais sujeitos do processo, “uma vez que não possuem o poder, apenas são objeto sobre os quais ele se exerce”,<sup>50</sup> tratados como simples “colaboradores”, coadjuvantes ou até mesmo “embaraçadores” da prestação jurisdicional.<sup>51</sup>

Essa tendência autoritária do instrumentalismo, denunciada pela crítica, é uma das causas para o desenvolvimento posterior do neoprocessualismo, segundo

<sup>46</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 80.

<sup>47</sup> GRECO, L. Publicismo e privatismo no processo civil, p. 36-38; MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 320-322.

<sup>48</sup> ABBoud, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 166, dez. 2008. p. 47-59.

<sup>49</sup> CALMON DE PASSOS, Joaquim José. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, abr./jun. 2001. p. 66.

<sup>50</sup> ABBoud, G., OLIVEIRA, R. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 50.

<sup>51</sup> MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 321.

o qual, o processo surge como “um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo”,<sup>52</sup> adiante melhor analisado.

Mesmo que procedentes essas objeções, elas não invalidam todo o desenvolvimento teórico que o instrumentalismo proporcionou em torno da efetividade do processo e da necessidade de um enfoque externo e teleológico para as investigações processuais.

No âmbito desta tese, interessa a crítica de um outro ponto de vista.

Não obstante os referidos avanços teóricos, não houve ruptura com o paradigma racionalista. A busca de soluções para a efetividade processual continuou calcada no pensamento e na abstração, sem o recurso necessário aos dados da experiência.

O processo, apesar de agora contar com finalidades definidas e se apresentar de um modo mais aberto, não deixa de ser uma entidade lógico-ideal, cujos contornos são delineados por conceitos bem demarcados. Os instrumentalistas apenas passaram a reorganizar o formalismo processual, com vistas a proporcionar os meios para atingir os escopos processuais. Em outras palavras, apesar de formulações a partir de um ângulo externo, para tornar o processo permeável aos influxos sociais, políticos e econômicos de cada tempo, o trabalho científico continuou a ser produzido nas engrenagens da dogmática processual. Em função disso, as transformações preconizadas para determinados pontos do processo dependeram (e ainda dependem) de reformas legislativas,<sup>53</sup> de duvidosa eficácia, dado que, quase sempre, as novas leis não são amparadas por qualquer diagnóstico da realidade.

Essa é a razão principal pela qual o instrumentalismo, até hoje, não conseguiu fazer vingar sua proposta de efetividade processual: apesar de bem enunciar os propósitos do processo, deixou de apresentar as ferramentas práticas para fazer o processo efetivo acontecer. Ofereceu uma nova visão do processo, mas se esqueceu de fornecer os meios concretos para que essa visão se tornasse realidade. Os esquemas lógicos, desde o estágio processualista, não são suficientes para tornar o processo operacional e adaptado às necessidades do direito material e à realidade dos órgãos responsáveis pela produção e realização desse mesmo direito.

---

<sup>52</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 46.

<sup>53</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 204, fev. 2012. p. 361.



O instrumentalismo, dessa forma, não propôs um rompimento metodológico com as bases racionalistas do processualismo,<sup>54</sup> pois, em nenhum momento, decidiu romper com a dogmática jurídica para criar novos mecanismos e soluções processuais.<sup>55</sup>

O estágio metodológico instrumentalista inovou por aderir um conteúdo axiológico aos conceitos processuais, reelaborou esses conceitos e reestruturou os sistemas processuais guiado pelo pensamento teleológico. Mas nada disso significou ruptura: o instrumentalismo, apesar de reduzir o valor do formalismo, não é anti-formalista. Prova disso é que a lei, os códigos e o princípio da legalidade continuam a exercer praticamente a mesma influência desde a Revolução Francesa.

Prova ainda mais robusta dessa afirmação está no escopo jurídico do processo, definido pelo instrumentalismo de DINAMARCO: a atuação da vontade concreta da lei, tal qual forjada por CHIOVENDA, o maior expoente da fase autonomista do direito processual.<sup>56</sup>

Mesmo que influenciados pelo instrumentalismo, os trabalhos científicos do direito processual civil continuam partindo dos textos legais para conhecer o fenômeno jurídico, sem buscar apoio em dados empíricos para mensurar a adequação de suas propostas à realidade. Mesmo que recorrendo ao texto constitucional, essa postura não muda: as soluções para os problemas processuais continuam a partir do pensamento e das elucubrações teóricas, como verdadeiros exercícios de lógica jurídica, sem qualquer aporte da metodologia própria das ciências sociais. A pesquisa no direito processual, não obstante a dinâmica do mundo forense, opera-se a portas fechadas, raramente indo a campo para colher os dados da realidade.<sup>57</sup> Assim, é difícil saber se as promessas de efetividade processual realmente vingaram na prática e quais medidas precisam ser necessariamente adotadas.

---

<sup>54</sup> É o que transparece das palavras do instrumentalista mais respeitado no Brasil: “Este estudo não tem a pretensão de inovar por inteiro e, transgredindo regras, princípios e métodos, chegar a soluções de absoluta originalidade. Como a natureza, também as ciências do pensamento não costumam dar saltos muito bruscos.” (DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 11).

<sup>55</sup> SALDANHA, J. M. L.; MARIN, J. D.; LUNELLI, C. A. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação, p. 360-361.

<sup>56</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 209.

<sup>57</sup> Sobre pesquisa empírica no direito processual, cf. ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. A multa coercitiva como crédito do Estado. Curitiba, 2009, 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 15-26; BOCHENEK, Antônio César. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

O instrumentalismo, tal qual se fez, e se faz, não atendeu à premissa fundamental lançada por MAURO CAPPELLETTI, nos anos 70, no sentido de ampliar os meios investigativos, por intermédio da aliança com outros setores do conhecimento:

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento dos litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.<sup>58</sup>

É importante insistir que o instrumentalismo, em nenhum momento, propôs abandonar os conceitos, regras ou sistemas do direito processual científico. Não se desvencilhou da dogmática. Pretendeu sim, repita-se, elaborá-los novamente, organizá-los de forma diferente, sempre com vistas aos escopos processuais e à efetividade do processo. Mas o método, ainda aqui, foi marcado pelas deduções abstratas, produzidas pelo pensamento. O processualista não saiu a campo. Não bebeu da experiência, muito embora estivesse mais atento a ela.

Portanto, é errôneo afirmar que o instrumentalismo dá guarida a práticas processuais *contra legem* ou que impliquem na “revogação do sistema procedimental”, como sugere PAULO AMÉRICO MAIA FILHO.<sup>59</sup> Não pertence ao instrumentalismo a proposta de criar soluções sem “referencial-estrutural legal”.<sup>60</sup>

Para comparação futura, podem ser apontadas as seguintes marcas do instrumentalismo: a) teleologismo: o processo passa a ser pensado como instrumento a serviço do direito material, pelo que a dogmática processual passa a ser redimensionada para atingir os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, previamente definidos, a partir de um ângulo externo; a preocupação com os fins chama a atenção para a efetividade processual; b) a jurisdição é a fonte metodológica primária: dado que é a partir do poder estatal que exsurtem e gravitam os demais institutos do direito processual, assim ordenados para a consecução dos objetivos do processo.

---

<sup>58</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. Acesso à justiça, p. 12.

<sup>59</sup> MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 322.

<sup>60</sup> MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 323.

## 2.4 NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO-VALORATIVO

O neoprocessualismo ou formalismo-valorativo<sup>61</sup> é a vertente processual do que se conhece por neoconstitucionalismo.<sup>62</sup>

Como a própria terminologia conduz – um novo processualismo que (re)valoriza o formalismo –, trata-se de um retorno ao formalismo processual<sup>63</sup> (o processo visto a partir de um ângulo interno), visando a redimensioná-lo a partir dos valores constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais.<sup>64</sup>

O corte metodológico inicia-se nas fontes: a lei perde seu lugar de destaque, dando lugar à Constituição. Esse corte corresponde à transição contemporânea do Estado Legislativo para o Estado Constitucional,<sup>65</sup> no qual, “caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito com o auxílio da jurisdição”.<sup>66</sup> Por isso, não há mais sentido em considerar que a jurisdição tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, pois a lei tem a sua substância moldada pela Constituição.<sup>67</sup> O juiz é um “intérprete crítico, desde a Constituição, da legalidade aplicável ao caso concreto”.<sup>68</sup>

Para imantar o formalismo processual com os princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais, o neoprocessualismo se concentra na ideia de colaboração processual, reorganizando o papel das partes e do juiz na conformação do processo,<sup>69</sup> visando a alcançar a decisão justa.<sup>70</sup>

---

<sup>61</sup> Apesar dos termos se equivalerem, é mais comum ver a utilização da palavra “neoprocessualismo”. O expressão “formalismo-valorativo” ou “formalismo-axiológico” se deve a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo ele mesmo reconhece (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XIII e XIV).

<sup>62</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi. Teresina, ano X, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 4 set. 2012.

<sup>63</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck, Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, abr. 2011. p. 57.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. 3; MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 47.

<sup>65</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 33-34.

<sup>66</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 50.

<sup>67</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 93.

<sup>68</sup> GALVEZ, Juan Federico Doroteo Monroy. Y al final del día: ¿Qué és el garantismo procesal civil? Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ano VI, n. 9, 2006. p. 15.

<sup>69</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck, p. 57.

Esse modelo cooperacional é encontrado na própria Constituição, a partir, sobretudo, de uma densificação interpretativa dos princípios da isonomia<sup>71</sup> e do contraditório.<sup>72</sup> A relação processual é redimensionada, buscando limitar o arbítrio judicial<sup>73</sup> e ampliar, mais substancialmente, o poder de influência das partes na construção das decisões.<sup>74</sup> O juiz deve sair do tablado para se sentar à mesa com as partes e seus procuradores, ouvindo e dialogando mais abertamente, de maneira que suas decisões tenham autoridade, mas não sejam autoritárias. Com isso, suprimem-se as surpresas e os fundamentos do acaso.<sup>75</sup> Cada sentença e cada decisão contêm fundamentos previamente debatidos com todos aqueles que serão diretamente afetados por elas: o juiz é paritário no diálogo e assimétrico na decisão.<sup>76</sup> Mesmo as questões que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz precisam antes ser objeto de manifestação em contraditório,<sup>77</sup> seguindo o princípio de que “ciò che è stato discusso è deciso meglio di ciò che non è stato discusso.”<sup>78</sup>

O processo cooperativo – expressão que resume o ideal neoprocessualista de colaboração – estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo: deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio para com os litigantes.<sup>79</sup>

Não há dúvidas que a implementação do processo cooperativo é elemento fundamental para incrementar, em termos qualitativos, a prestação jurisdicional, ampliando a legitimidade decisória pela participação efetiva das partes.<sup>80</sup>

---

<sup>70</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck, p.61.

<sup>71</sup> SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011. p. 56-68.

<sup>72</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, ago. 2011. p. 219.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Sentença arbitrária. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 204, fev. 2012. p. 42-45.

<sup>74</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 73-74.

<sup>75</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 172, jun. 2009. p. 51.

<sup>76</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 72-73.

<sup>77</sup> DIDIER JUNIOR, F. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, p. 222-223.

<sup>78</sup> “aquilo que é discutido é melhor decidido daquilo que não é discutido.” (LUISO, Francesco Paolo. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Itália, Giuffrè, ano LXV, Suplemento al n. 1, mar. 2011. p. 66, tradução nossa).

<sup>79</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck, p. 63; SANTOS, I. R. dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, p. 62-73; DIDIER JUNIOR, F. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, p. 221-225.

<sup>80</sup> MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 315-317; GOUVEIA, L. G. de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro, p. 33-36.

Só quem experimenta na prática o processo sabe o quanto o contraditório pode revelar. Muitas vezes, o caminho delineado na mente no juiz é substancialmente modificado após a manifestação das partes. Enganos de fato e de direito são rotineiramente evitados. A compreensão dos elementos da causa é ampliada, de maneira que o contraditório prévio barra muitos juízos baseados em induções unilaterais, as quais podem ser produto de má-fé. Liminares indevidas podem ser evitadas com o expediente da vista pré-liminar, ainda que viabilizada em prazo reduzido.

Considerando essas premissas, o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo não considera mais a jurisdição como ponto de partida das especulações do direito processual.

Dado o princípio constitucional do contraditório e a “dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno”, o processo passou a ser o polo metodológico da ciência processual.<sup>81</sup> Não o processo legal, puramente formal, mas o processo justo,<sup>82</sup> “substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais”.<sup>83</sup>

Não é o poder das partes (polo metodológico da ação), nem o poder estatal (polo metodológico da jurisdição) que forjarão as bases do novo modelo processual, mas a interação, ou melhor, a cooperação entre as partes e o juiz dentro da relação processual.<sup>84</sup>

O prestígio que o neoprocessualismo e o processo cooperativo têm conquistado no Brasil é demonstrado pela sua influência no projeto de nova codificação do direito processual civil, no qual o modelo cooperativo é erigido a princípio fundamental,<sup>85</sup> com a introdução de um dever geral de colaboração.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 45-46.

<sup>82</sup> Nesse sentido: “Em definitivo, o ‘processo justo’, concretizado e articulado em uma série de garantias que informam os singulares institutos processuais, constitui hoje o modelo constitucional do processo. Como tal o deve levar em conta o legislador ordinário ao propor reformas processuais.” (PICARDI, Nicola. Manuale del processo civile. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 215, tradução nossa).

<sup>83</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 46.

<sup>84</sup> Com um enfoque diferenciado, Georges Abboud e Rafael Tomaz Oliveira sugerem que o novo polo metodológico seja a “relação jurídica”, sem distinção entre relação jurídica substancial e processual (ABBOUD, G., OLIVEIRA, R. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 55 e 56).

<sup>85</sup> Trata-se do Projeto de Lei 8.046/2010, originado no Senado Federal (PLS 166/2010), ora em tramitação na Câmara dos Deputados, onde há um substitutivo aprovado, em julho de 2013, na respectiva Comissão Especial. Nesse substitutivo da Câmara (que ainda deverá ser votado em Plenário, para depois retornar ao Senado), devem ser observados, sobre o tema, os arts. 7º, 8º, 9º 10, 497, parágrafo único e 504, parágrafo único. (cf. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 19 jul. 2013).

Acrescente-se que o modelo cooperativo já foi adotado em outros países, conforme se pode extrair a partir das legislações comparadas,<sup>87</sup> quase todas reformadas recentemente.<sup>88</sup>

Fica patente que o processo cooperativo constitui inovação que tende a se consolidar como fator de elevação da qualidade da prestação jurisdicional. Ele já está presente na experiência do direito comparado e caminha a passos largos para se instaurar definitivamente no Brasil, a partir da positivação de seus componentes.

Por essas razões, argumenta-se que o formalismo-valorativo, como novo estágio metodológico, representa a superação do instrumentalismo.<sup>89</sup>

Não parece que isso realmente aconteça!

Inobstante o progresso civilizacional representado pelo processo cooperativo, o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo não tem potencialidade para ir muito mais longe.

O âmbito de suas propostas não permite considerá-lo uma metodologia global para o processo civil. Ele propõe, de fato, um novo método para interpretar as regras processuais e para conformar o processo a partir da Constituição, visando a combater o formalismo excessivo e a arbitrariedade judicial. É incremento democrático para o direito processual. Mas o espectro de regras e instituições alcançadas por essa nova hermenêutica é limitado. Muitos problemas processuais não encontrarão respostas no formalismo-valorativo porque não dependerão de incursões constitucionais ou não decorrerão do excesso de formalismo. Problemas referentes à celeridade processual e à duração razoável do processo não encontram nele respostas adequadas. A efetividade da prestação jurisdicional, embora referida como valor, pouco consegue se inspirar por meio dos postulados neoprocessualistas.

Uma vez implementados, na lei e na prática, os deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio para com os litigantes, estruturando o processo cooperativo, nada mais resta a fazer com o material neoprocessualista, o que

---

<sup>86</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 190, dez. 2010. p. 211-212.

<sup>87</sup> Esse modelo cooperativo já é encontrado nos seguintes Códigos: art. 16 do novo Código de Processo Civil francês, de 1975, com alterações posteriores; art. 266 do Código de Processo Civil português, de 1961, revisto em 1995/1996; § 139 do ZPO – Código de Processo Civil alemão; art. 101 do Código de Processo Civil italiano, de 1940, revisto.

<sup>88</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal: el “neoprocesalismo”. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 151, set. 2007. p. 60-71.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. XIII; MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 47.

não significa dizer que todos os problemas do processo civil foram resolvidos, especialmente no que diz respeito à eficiência processual.

Da mesma forma do que acontece com o neoconstitucionalismo, apesar da clara preocupação com valores, o neoprocessualismo não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada regra ou decisão judicial.<sup>90</sup> Isso não quer dizer que o neoprocessualismo, como o neoconstitucionalismo, ignore a realidade social. Eles procuram manter a aderência social ao interpretar as regras constitucionais. O problema é que seu foco se concentra na elaboração de justificativas teóricas e abstratas para reforçar a supremacia da Constituição, deixando de desenvolver instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar as consequências práticas dessa tarefa no mundo real.<sup>91</sup> Apesar de estabelecer a crença de que as decisões proferidas no ambiente processual cooperativo são melhores e mais justas, não fornece qualquer subsídio ou ferramenta prática para auxiliar o juiz no ato de decidir entre as proposições que são oferecidas pelas partes.

Na verdade, o formalismo-valorativo se apresenta melhor como uma proposta de radicalização do princípio do contraditório.<sup>92</sup> O processo cooperativo é construído a partir das ideias de participação, diálogo e contraditório. É importante, conforme já destacado, mas pouco além disso pode ir. Para que pudesse surgir como um quarto estágio metodológico do processo civil, superando o instrumentalismo, precisaria ostentar capacidade para resolver e orientar as diversas questões que surgem diariamente na pesquisa e na prática processuais, fornecendo instrumentos de ação prática.

O formalismo-valorativo complementa o instrumentalismo, mas não o supera,<sup>93</sup> prestigia o instrumentalismo, evitando a supervalorização das regras técnicas em detrimento dos princípios fundamentais do direito processual.<sup>94</sup>

São os dois lados na mesma moeda: efetividade e cooperação, instrumentalismo e formalismo-valorativo. O processo deve ser redimensionado para atingir seus escopos, sem descuidar das garantias constitucionais, sobretudo do contraditório.

---

<sup>90</sup> GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10-11.

<sup>91</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 10.

<sup>92</sup> Essa afirmação pode ser deduzida levando em conta a principal obra de Daniel Mitidiero sobre o tema (MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 75-77).

<sup>93</sup> Nesse sentido: MACEDO, E. H.; MACEDO, F. dos S. O direito processual civil e a pós-modernidade, p. 357.

<sup>94</sup> GOUVEIA, L. G. de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro, p. 36-37.

Não se pode esperar muito mais de uma proposta que retorna ao aspecto interno do processo,<sup>95</sup> para se concentrar em elementos do formalismo processual.<sup>96</sup> Apesar da renovação que propõe, também não opera rupturas metodológicas, pois continua trabalhando ao nível da dogmática jurídica, dentro do paradigma racionalista. E não se desgarrar da incursão instrumentalista aos escopos do processo, tratando-os como pressupostos.<sup>97</sup>

Ainda que haja sérias dificuldades para localizar o neoprocessualismo como um novo estágio metodológico do direito processual civil, é interessante mantê-lo nessa classificação, dado ao prestígio que vem gozando e a necessidade de exposição didática.

Resumidamente, o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo apresenta-se de acordo com as seguintes notas: a) constitucionalismo: o processo é revisto a partir dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais; b) formalismo: há um retorno ao formalismo processual, ou seja, o processo é novamente visualizado por um ângulo interno, desta vez objetivando reestruturá-lo de acordo com o direito constitucional; c) o processo é a fonte metodológica primária: a cooperação intersubjetiva é a matriz constitucional do direito processual; nem ação (porque privilegia as partes), nem a jurisdição (porque privilegia o juiz) podem figurar como centros metodológicos, sendo substituídas pelo processo, no qual se realiza a colaboração desejada pela Constituição.

## 2.5 RUMO AO QUINTO ESTÁGIO

A sumária exposição dos estágios metodológicos do direito processual civil ajuda a ver que ainda se patina nas velhas concepções que integram o paradigma jurídico racionalista.<sup>98</sup>

Desde a sua fundação, a partir do século XIX, o direito processual civil não conseguiu se desvencilhar da confiança nos procedimentos da razão para determinar as crenças e técnicas do seu campo. Mesmo nas elaborações mais refinadas do instrumentalismo ou do neoprocessualismo, o processo não deixa de se constituir

---

<sup>95</sup> OLIVEIRA, C. A. A. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo, p. 67.

<sup>96</sup> “Não há dúvida de que o princípio do rigor formal é a espinha dorsal do processo.” É o que assevera OLIVEIRA, C. A. A. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo, p. 126.

<sup>97</sup> MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 63-100.

<sup>98</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89-90.



em um objeto lógico-ideal, construído pelos conceitos formulados pelos juristas, a partir do direito positivo ou da Constituição.

Como adverte a crítica contundente de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, o direito processual continua a meditar sobre as mesmas estruturas herdadas do direito romano da *cognitio extra ordinem* e do direito canônico, reduzindo-se a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, abstrata e conceitual.<sup>99</sup>

Consequência disso é que o direito processual civil acaba estruturando categorias marcadas pelo selo da eternidade<sup>100</sup> e justificadas como sendo da natureza das coisas. Essa situação concretiza a esperança iluminista dos juristas em tornar o processo civil objeto de uma ciência processual pura e universal e, para isso, orientada pela lógica matemática.<sup>101</sup>

A fase autonomista do direito processual bebeu das fontes racionalistas que vinham se acumulando desde o cartesianismo do século XVII: a abstração e o conceitualismo que lhe são marcantes têm expressões muito bem definidas na filosofia de LEIBNIZ, melhor representante do idealismo do período barroco, iniciado por DESCARTES.<sup>102</sup>

A ciência processual passou a ser daquelas ciências que não dependem de experiências, mas de definições, não das demonstrações dos sentidos, porém da razão.<sup>103</sup> As soluções processuais preconizadas pela doutrina, influenciando as manifestações legislativas, são produtos do pensamento, sem qualquer testagem empírica. O objeto das pesquisas jurídicas é o direito positivo, afastando a interferência

---

<sup>99</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 90.

<sup>100</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 91.

<sup>101</sup> É o pensamento cartesiano, como se pode conferir pela seguinte passagem do Discurso do Método: “[...] e considerando que, entre todos os que até agora buscaram a verdade nas ciências, apenas os matemáticos puderam encontrar algumas demonstrações, isto é, algumas razões certas e evidentes, não duvidei de que não fosse pelas mesmas que eles examinaram; disso eu não esperava nenhuma outra utilidade a não ser que elas acostumassem meu espírito a se alimentar de verdades e a não se contentar com falsas razões.” (DESCARTES, René. Discurso do método. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 55-56).

<sup>102</sup> Segundo o filósofo Julián Marías, “Leibniz encerra um período da filosofia, a época barroca, em termos gerais, que se inicia filosoficamente com Descartes.” (MARIÁS, Julián. História da filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 258).

<sup>103</sup> Esse é o pensamento de Leibniz para o Direito: “A doutrina do direito é de índole daquelas ciências que não dependem de experiências, mas de definições, não das demonstrações dos sentidos, porém da razão; são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato. Portanto, assim como a justiça consiste num certo acordo e proporção, pode entender-se que algo é justo embora não haja quem pratique a justiça, nem sobre quem ela recaia, de maneira semelhante a como os cálculos numéricos são verdadeiros, embora não haja nem quem numere e nem o que numerar, da mesma maneira como se pode predizer de uma coisa, de uma máquina ou de um Estado, que, se tiverem de existir, hão de ser formosos, eficazes e felizes, mesmo que nunca tenham existido.” (LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. Los elementos de derecho natural. Madrid: Ed. Tecnos, 1991, p. 70-71).

dos métodos das ciências sociais e econômicas, o que comprometeria a pureza do método jurídico.<sup>104</sup>

Dessa forma, todas as respostas foram condicionadas pela adequação ao sistema lógico do direito processual. O debate sobre a verdade das proposições jurídico-processuais se limita ao juízo de subsunção aos conceitos e ao sistema formado por eles. Uma proposição jurídica somente é considerada verdadeira se decorrer logicamente do sistema formulado pela ciência. Caso assim não se proceda, o conhecimento produzido não pode ser considerado científico e, portanto, não pode reclamar validade universal.<sup>105</sup> Daí um direito que não consegue ir ao fórum<sup>106</sup> porque ignora a experiência e se resolve por operações algébricas.

O desprezo pela experiência e a repulsa pelos dados empíricos fez com que esses magníficos exemplares de lógica jurídica redundassem, quase sempre, em total fracasso das instituições judiciárias.<sup>107</sup> ENRICO TULLIO LIEBMAN, comentando a experiência judiciária italiana após o Código de Processo Civil de 1940, testemunhou essa ocorrência:

Infelizmente, embora fosse o Código o resultado de um movimento científico em que a largueza de idéias e a profundidade e extensão do estudo estavam ao nível do fervor dedicado durante várias décadas à perseguição da meta eleita, faltou por inteiro a preparação técnico-administrativa que deveria ter acompanhado a reforma da lei. Insuficientes os órgãos judiciários e as suas instalações, insuficiente o número de magistrados (basta dizer que estes são em número pouco superior ao tempo da unificação da nação, quando a população era a metade da de hoje, pouquíssimas as indústrias e bem menos intenso o comércio). Mas os inconvenientes que haveriam de decorrer disso tornaram-se ainda muito mais graves pelo fato do Código ter entrado em vigor em tempos difíceis, que influíram gravemente sobre a atuação da reforma. Deu-se uma séria crise na administração da justiça civil, que provocou protestos gerais e tumultuários e, na maior parte dos casos, não se soube ou não se quis individualizar com clareza as suas verdadeiras causas, jogando-se a culpa no Código; não cuidando os órgãos competentes de melhorar e reforçar a organização judiciária, pensou-se que indispensável fosse a reforma deste.<sup>108</sup>

O movimento de acesso à justiça e o instrumentalismo tentaram reagir a esse estado de coisas. Os juristas passaram a reconhecer que as técnicas processuais serviam a funções sociais.<sup>109</sup> Cotejaram as leis com a realidade subjacente. Con-

<sup>104</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 84-85.

<sup>105</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 126.

<sup>106</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 84.

<sup>107</sup> CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011. p. 402.

<sup>108</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 48-49.

<sup>109</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. Acesso à justiça, p. 12.

clamaram a aderência do processo à vida.<sup>110</sup> Perceberam que de nada adiantava responder à ciência, sem responder ao mundo lá fora. Sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, psicólogos, entre outros, passaram a invadir os tradicionais domínios do Direito, dada à necessidade de resposta à indagação fundamental sobre a que preço e em benefício de quem os sistemas jurídicos de fato funcionavam.<sup>111</sup> Mas os juristas, em sua grande maioria, mantiveram-se isolados, pouco fazendo uso das ferramentas oferecidas por esses pesquisadores.

Fato é que a promessa de efetividade processual, com equilíbrio entre celeridade e segurança, não foi até agora cumprida. O acesso à justiça foi confundido com acesso ao Judiciário,<sup>112</sup> provocando, em larga escala, uma multiplicação de processos que cada vez mais compromete a qualidade da prestação jurisdicional. Associada a isso, a morosidade processual é fenômeno que atinge não só a experiência judiciária nacional,<sup>113</sup> como a estrangeira.<sup>114</sup>

Não à toa, a maioria dos ordenamentos constitucionais passou a prever um direito fundamental à duração razoável do processo.<sup>115</sup>

Apesar de um quadro geral de ineficiência processual, induzindo a uma percepção de crise da Justiça, com descrédito social no Poder Judiciário,<sup>116</sup> os juristas desafiados pelo instrumentalismo e pelo neoprocessualismo não conseguiram propor uma nova metodologia que escapasse às amarras do paradigma racionalista. Continuam a pensar o processo a partir da sua dogmática, propondo modificações

---

<sup>110</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 11.

<sup>111</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. Acesso à justiça, p. 7-8.

<sup>112</sup> TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. Revista CEJ, Brasília, ano XV, n. 52, jan./mar. 2011. p. 24-25.

<sup>113</sup> Paulo Hoffman, em monografia sobre a duração razoável do processo, aponta os principais pontos de estrangulamento do sistema processual-judicial: “[...] a demora na autuação da petição inicial e citação do réu; um sistema de publicações das decisões judiciais por demais ultrapassado; a pauta de audiências em alguns juízes, cuja designação chega a ultrapassar um ano; o acúmulo de processos em segunda instância, na qual ocorre, em alguns tribunais, uma demora de quase dois anos somente para distribuição ao juiz relator (problema potencializado por ter o recurso de apelação, como regra, efeito suspensivo da sentença); e o processo de execução, o qual tem duração igual ou maior ao próprio processo de conhecimento. Além disso, há número insuficiente de juízes e funcionários atuando em primeira instância, os quais exercem seu ofício com absoluta deficiência da mínima estrutura operacional necessária, sendo comum a falta de computadores e impressoras, papel e material de trabalho, labor geralmente exercido em prédios cujas instalações obrigam ao trabalho em condições de total desconforto. Importante mencionar que, de forma altruísta, muitos juízes e funcionários complementam, às suas próprias custas, a precária estrutura para que possam exercer suas funções com dignidade.” (HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 87-88).

<sup>114</sup> CHOLET, Didier. La célérité de la procédure en droit processuel. Paris: L.G.D.J., 2006. p. 1-2; DENTI, Vittorio. La giustizia civile. Atualizada por Francesca Cuomo Ulloa *et al.* Bologna: Il Mulino, 2004. p. 85.

<sup>115</sup> Exemplos desse movimento são: art. 5º, LXXVIII, da Constituição do Brasil, após a Emenda Constitucional 45/2004; art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; art. 20º, item 4, da Constituição de Portugal; art. 111 da Constituição da Itália.

<sup>116</sup> ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O novo juiz e administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 29-34.

ao nível legislativo.<sup>117</sup> Insistem em pensar o direito na medida dos textos normativos, sobre a qual recaem suas meditações científicas.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em conferência proferida no XXIII *Congreso Argentino de Derecho Procesal*, em Mendoza, no ano de 2005, explicitou que, nos anos mais recentes, no mundo todo, tem se proliferado o número de reformas legislativas no direito processual, em função do descontentamento com a ineficiência do processo.<sup>118</sup> É comum, portanto, a crença no sentido de que as reformas no plano legislativo são suficientes para enfrentar esse problema.

Mais grave do que isso é que as propostas de reformas, ao menos no Brasil, costumam ser desacompanhadas de um mínimo lastro de pesquisa empírica que pudesse subsidiar, com dados da realidade, os caminhos do legislador reformador. Não existem diagnósticos aprofundados sobre a realidade dos serviços judiciários no país. As universidades e faculdades de direito não cobrem essa lacuna. Em outras palavras, as propostas de reformas legislativas, uma vez mais, continuam sendo produto de especulações teóricas, sem fundamentos na experiência. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, na conferência referida, assinalou esse problema.<sup>119</sup>

Conforme já foi aludido, as recomendações de MAURO CAPPELLETTI, o maior representante do movimento pelo acesso à justiça, infelizmente não foram ouvidas. A pesquisa não foi ampliada para se utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia; resiste-se a aprender com outras culturas.<sup>120</sup> O ensino jurídico, em todos os seus níveis de produção do saber, permanece perpetuando os critérios estabelecidos pelas filosofias racionalistas, no “seu grandioso projeto de transformar o Direito numa ciência exata, destinada a resolver as complexas questões humanas como quem resolve teoremas algébricos.”<sup>121</sup>

E, como também já foi demonstrado, a proposta neoprocessualista do formalismo-valorativo, não obstante legue uma nova valoração para as regras processuais, a partir dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais, acrescentando qualidade à prestação jurisdicional, não apresenta uma metodologia

---

<sup>117</sup> OLIVEIRA, C. A. A. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo valorativo, p. 218; MAIA FILHO, P. A. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista, p. 328.

<sup>118</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La significación social de las reformas procesales. In: SANTOS, Andrés de la Oliva; VÉLEZ, Diego Iván Palomo (Coords.). *Proceso civil*: hacia una nueva justicia civil. Santiago/Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 79-81.

<sup>119</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. La significación social de las reformas procesales, p. 82.

<sup>120</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à justiça*, p. 12.

<sup>121</sup> SILVA, O. A. B. da. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista, p. 50.

global que permita enfrentar os diversos problemas do processo contemporâneo, notadamente o da morosidade e o da ineficiência.

Diante desse impasse, não é mais possível persistir no discurso da falta de estrutura do Judiciário. Ainda que se possa atribuir responsabilidades à administração da Justiça pelo caos de alguns setores do serviço judiciário, é momento de reconhecer que se vive uma crise mais ampla: uma crise metodológica.

Nenhuma das metodologias processuais até agora elaboradas deram conta de fornecer as ferramentas capazes para superar os entraves cotidianamente experimentados na prática processual, por derivarem do esgotado paradigma racionalista.<sup>122</sup> Os conceitos do processualismo não bastam para um direito essencialmente prático como o processual. A instrumentalidade prometeu efetividade, mas não deu os meios para consegui-la; não disse de que maneira deve-se agir para tornar o processo efetivo. O neoprocessualismo apenas retornou aos conceitos para torná-los melhores.

Assim, é o momento de uma transição paradigmática.<sup>123</sup>

Não se trata aqui de uma transição compreendida na eterna disputa entre o garantismo processual e o ativismo judicial, como refere JORGE W. PEYRANO.<sup>124</sup> Nem mesmo à concernente aos câmbios oriundos da passagem do Estado Legislativo para o Constitucional, ou as influências do constitucionalismo no direito processual, já bem retratados pelos neoprocessualistas.

De forma mais ampla, e em um sentido positivo,<sup>125</sup> trata-se de um movimento para fora do paradigma racionalista. Diante da crise, apesar das dificuldades, “ocorre cambiare ottica e cercare qualcosa di radicalmente diverso.”<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 48-49.

<sup>123</sup> Segundo Thomas S. Kuhn, “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas.” (KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 116-123).

<sup>124</sup> PEYRANO, Jorge Walter. El cambio de paradigmas en materia procesal civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, jun. 2010. p. 158-162.

<sup>125</sup> Positivo, no sentido de rumar para um novo paradigma, ao contrário de um sentido negativo, no qual transição ou transformação paradigmática é usada como sinônimo de crise paradigmática (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 158, abr. 2008. p. 17).

<sup>126</sup> “é preciso mudar a ótica e procurar qualquer coisa radicalmente diversa.” (VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro: conciliazione e *class action*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, mar. 2010, p. 298, tradução nossa).

Transição para uma metodologia processual desligada do racionalismo, que não dependa tanto de conceitos ou de abstrações teóricas e que desincorpore do “seu discurso qualquer forma de dogmatismo ou de autoridade”;<sup>127</sup> que não fragmente o fenômeno processual a partir de visões parcializadas. Um método francamente antiformalista, que se desprenda da necessária correspondência entre as soluções processuais e o sistema construído pela ciência processual. Um método que avalie a verdade das proposições de seu campo de conhecimento através do contato com o mundo empírico. Uma metodologia do direito processual que inclua as técnicas de investigação das ciências sociais e econômicas para melhor avaliar a adoção de uma ou de outra solução.

Um método, enfim, que ajude a resolver problemas reais, fornecendo meios concretos de atuação e decisão. Atuação cooperada, em todos os níveis, como reivindica o neoprocessualismo, mas que contribua também para recuperar a confiança comunitária nos juízes, a partir do resgate da responsabilidade ética individual de cada magistrado pelas consequências de suas decisões.<sup>128</sup>

Na verdade, essa transição já começou, tanto no plano legislativo, como no judicial, mas ainda não foi suficientemente revelada, motivo primeiro desta tese. Como salienta THOMAS S. KUHN, “freqüentemente, um novo paradigma emerge – ao menos embrionariamente – antes que uma crise esteja bem desenvolvida ou tenha sido explicitamente reconhecida.”<sup>129</sup> A crise que vive o direito processual é metodológica. Mas essa crise ainda precisa ser explicitamente reconhecida, com o reconhecimento do esgotamento do instrumentalismo e da insuficiência do neoprocessualismo.

O quinto estágio metodológico do direito processual – constituído a partir do pragmatismo – vem para somar forças à ruptura metodológica com o paradigma racionalista. Certamente despertará resistências, sem as quais não representaria propriamente uma mudança de paradigmas.<sup>130</sup>

Depois dessa explanação, lança-se abaixo um quadro-resumo das principais características de cada estágio metodológico, começando pelo autonomismo/processualismo, que inaugurou a percepção científica do fenômeno processual.

---

<sup>127</sup> ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 203, jan. 2012. p. 225.

<sup>128</sup> SILVA, O. A. B. da. Da função à estrutura, p. 13.

<sup>129</sup> KUHN, T. S. A estrutura das revoluções científicas, p. 117.

<sup>130</sup> PEYRANO, J. W. El cambio de paradigmas en materia procesal civil, p. 159.

Cada estágio metodológico é caracterizado pelo ângulo de visão do fenômeno processual (interno, a partir do formalismo processual, ou externo, considerando as dimensões sociais, políticas e econômicas do processo). Em seguida é indicado o polo metodológico, a partir do qual são irradiadas as ideias de cada método (ação, jurisdição e processo). Em função de suas características gerais, também são indicadas a dimensão preponderante do fenômeno jurídico (se norma, fato ou valor) e a fonte principal de investigação (a lei ou a Constituição). Por fim, aponta-se o mote de cada escola, como lema que reúne seus principais objetivos:

Tabela 1. – Quadro-resumo dos estágios metodológicos do processo civil

Método/Caractere	ÂNGULO	POLO	DIMENSÃO	FONTE	MOTE
<b>PROCESSUALISMO</b>	interno	ação	norma	lei	ciência
<b>INSTRUMENTALISMO</b>	externo	jurisdição	fato	lei	efetividade
<b>NEOPROCESSUALISMO</b>	interno	processo	valor	Constituição	cooperação

Esse quadro tem fins didáticos e objetiva facilitar a comparação dos estágios metodológicos do processo civil com a proposta de um novo método processual. O pragmatismo, que será apresentado no capítulo seguinte, é base desta nova proposta.

### 3 O PRAGMATISMO

#### 3.1 SIGNIFICAÇÕES DEPRECIATIVAS DA PALAVRA PRAGMATISMO

O termo pragmatismo é objeto de utilização quase despidorada.

Ainda que ele seja próprio para designar a contribuição original dos Estados Unidos para a filosofia universal, sua vulgarização tem proporcionado uma ideia mais pejorativa do que elucidativa.

A expressão “ser pragmático” tem oferecido diversas conotações.

De uma maneira geral, prevalece a ideia de ser prático, não muito ligado às teorias abstratas e, ao mesmo tempo, meio desligado de valores éticos e morais.<sup>131</sup> O pragmático é o que resolve as coisas na prática, mas num certo sentido egoístico, como que para atender aos seus próprios interesses<sup>132</sup> ou para oferecer uma solução rápida, e de qualquer jeito, para um problema qualquer.<sup>133</sup> Esse pragmatismo vulgar ou cotidiano<sup>134</sup> quase que se assimila com as ideias de competição e lucro, como uma maneira de ser das pessoas e das instituições dentro do modo de produção capitalista.<sup>135</sup>

O pragmatismo não se confunde com a “pragmática”, essa entendida, em sentido amplo, como “a parte da semiótica que trata da relação entre os signos e os usuários dos signos”<sup>136</sup>, ou, num sentido estrito, o estudo da “linguagem como fenô-

---

<sup>131</sup> O pragmatismo político certamente é a conotação mais pejorativa de todas. No Brasil, ela vem identificando os políticos e seus governos que dispensam princípios, ideologias e doutrinas, adotando práticas, a qualquer custo, que assegurem a sua manutenção no poder ou viabilizem os seus projetos políticos. Sobre essa deformação do pragmatismo na política brasileira dos últimos anos, ver o exemplo do texto: O pragmatismo político e o PT, de Walber Wolgrand, disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2371157>>. Acesso em: 10 set. 2012.

<sup>132</sup> Nesse sentido é VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Filosofia da práxis. Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 242.

<sup>133</sup> Nesse segundo sentido é que parece que foi utilizado o vocábulo “pragmatismo” pelo Min. Félix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 9.119/MG (STJ, 5ª Turma, HC 9.119/MG, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 06/05/1999, DJ 28/06/1999).

<sup>134</sup> POSNER, Richard. Allen. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 38-43.

<sup>135</sup> WAAL, Cornelis de. Sobre pragmatismo. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 20.

<sup>136</sup> ARMENGAUD, Françoise. A pragmática. São Paulo: Parábola Editorial, 2006. p. 11.



meno simultaneamente discursivo, comunicativo e social.”<sup>137</sup> Muito embora existam conexões entre os dois campos, esta tese não tratará da pragmática, enquanto estudo da linguagem.

No âmbito do Direito, o pragmatismo tem sido quase sempre reduzido ao movimento da *Law and Economics*<sup>138</sup> (análise ou interpretação econômica do direito), porém num sentido também distorcido, de se tratar de uma proposta de eficiência à custa dos direitos fundamentais,<sup>139</sup> o que reforça o estereótipo geral.<sup>140</sup>

Não obstante as ligações entre o pragmatismo e o *Law and Economics*, é certo que aquele não se resume a este. No entanto, os instrumentos da análise econômica do direito são fundamentais para o funcionamento do método processual pragmático, pelo que não podem deixar de ser considerados.<sup>141</sup>

Com essas considerações, justifica-se uma revisão sobre o pragmatismo enquanto filosofia geral e filosofia do direito. Se a proposta desta tese é aplicar o pragmatismo na construção de um novo método para o direito processual civil, isso não pode se dar por meio de concepções vulgares e depreciativas. Ademais, trata-se de um texto científico e, assim, todas as colocações devem dessa maneira ter sua abordagem.

### 3.2 O PRAGMATISMO E OS PRAGMATISTAS

A história do pragmatismo pode ser dividida em duas fases ou períodos: a) pragmatismo clássico: iniciado pelos debates do *The Metaphysical Club*, de 1872, até a Segunda Guerra Mundial, quando o predomínio do empirismo lógico<sup>142</sup> nos Estados Unidos eclipsou, por algum tempo, o pragmatismo. Seus principais representantes foram CHARLES SANDERS PIERCE (1839-1914), WILLIAM JAMES (1841-1910) e JOHN DEWEY (1859-1952); b) pragmatismo contemporâneo ou neo-pragmatismo: a partir dos anos 50 do século XX, principalmente após as publicações

<sup>137</sup> ARMENGAUD, F. *A pragmática*, p. 11.

<sup>138</sup> Cf. OVERTVELDT, Johan Van. *The Chicago School: how the University of Chicago assembled the thinkers who revolutionized economics and business*. Chicago: B2 Books/Agate Publishing, 2007. p. 287-321.

<sup>139</sup> SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social*: contributo para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p. 27-31.

<sup>140</sup> No Supremo Tribunal Federal já houve referência ao “puro pragmatismo governamental”, em sentido semelhante ao texto, designando a atitude de um Município brasileiro que se negava a implementar o serviço de atendimento em creche e pré-escola a crianças menores de 5 anos (STF, 2ª Turma, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, DJe 15/09/2011).

<sup>141</sup> Cf. *infra*, *Law and Economics* como instrumento do pragmatismo jurídico.

<sup>142</sup> ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p. 328-329.

de WILLARD VAN ORMAN QUINE (1908-2000), até os dias atuais, quando se opera uma renovação do pragmatismo, orientada pelas influências da filosofia analítica, libertada do empirismo lógico. Inclui-se nesse período, dentre muitos outros, RICHARD RORTY (1931-2007).<sup>143</sup>

### 3.2.1 O pragmatismo clássico

O pragmatismo, como se conhece hoje, nasceu nos Estados Unidos, a partir de 1872, em Cambridge, Massachussetts, através dos debates entre os integrantes de um grupo de estudos filosóficos, por eles mesmos chamado, ironicamente, de *The Metaphysical Club*, dado que o seu objetivo não era discutir metafísica, bem pelo contrário.<sup>144</sup>

Esse grupo reuniu alguns dos principais expoentes do período clássico do pragmatismo, que correspondeu à sua fase de consolidação na filosofia. Apesar dos debates serem filosóficos, a origem de seus componentes era bastante diversificada. Assim, por exemplo, CHARLES SANDERS PIERCE era matemático, com formação em outras ciências exatas; WILLIAM JAMES graduou-se em medicina, com dedicação à anatomia e à fisiologia, posteriormente contribuindo para a psicologia; OLIVER WENDELL HOLMES JUNIOR (1841-1935) era advogado e editor da *American Law Review*, posteriormente assumindo o cargo de Ministro (*Justice*) da Suprema Corte norte-americana.

Esse clube, capitaneado por PIERCE, JAMES e HOLMES JUNIOR, lançou os brotos de um pragmatismo que iria influenciar não somente a filosofia norte-americana, mas também diversos outros setores do conhecimento, como a educação e o direito.<sup>145</sup> Nos últimos tempos, é comum a referência ao pragmatismo, para além da filosofia e do direito, nas ciências sociais, nos estudos de literatura e ética e, até mesmo, para analisar movimentos sociais, a exemplo do feminismo, muito embora com características específicas e diversas das do período clássico.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Será o neopragmatismo pragmatista? *Revista Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 74, mar 2006. p. 125-127.

<sup>144</sup> MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2002. p. 226.

<sup>145</sup> MENAND, L. *The Metaphysical Club: a story of ideas in America*, p. 337-375.

<sup>146</sup> KLOPPENBERG, James T. Pragmatism: an old name for some new ways of thinking? *The Journal of American History*, New York, Organization of American Historians, v. 83, n. 1, jun. 1996. p. 101.

Mas coube a CHARLES SANDERS PIERCE, talvez pela sua mais densa formação filosófica e científica, fundar as bases iniciais da nova filosofia. Deve-se a ele, inclusive, a criação do termo pragmatismo, para identificar o conjunto das novas ideias. E foi da sua pena que surgiu o artigo considerado como certidão de nascimento do pragmatismo, intitulado *How to make our ideas clear* (Como tornar nossas ideias claras), publicado em 1878, no qual está contido a Máxima Pragmatista, aludida por WILLIAM JAMES como o Princípio de Pierce ou Princípio do Pragmatismo:<sup>147</sup>

Consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.<sup>148</sup>

Originalmente, o pragmatismo concebido por PIERCE tinha pretensões muito mais modestas, como a criação de um método “para determinar o significado dos conceitos, idéias, crenças, alegações, proposições etc., de qualquer coisa que pode agir como um signo”;<sup>149</sup> um meio para aclarar as ideias – a concepção do objeto – em suma, uma teoria da significação.<sup>150</sup> PIERCE não pretendia revolucionar a filosofia ou influenciar setores como as ciências sociais. O seu pensamento matemático lhe conduzia à lógica e à semiótica. Em função dessas diferenças capitais entre o seu pensamento e o dos seus seguidores – especialmente WILLIAM JAMES –, PIERCE chegou a cunhar, mais tarde, outra designação para sua filosofia – pragmatismo –, visando a separar as suas concepções das demais. Mas essa tentativa de mudança terminológica não vingou, consagrando-se, historicamente, o termo pragmatismo<sup>151</sup> devido, sobretudo, à obra difusora de JAMES.<sup>152</sup>

Assim, os diversos pensadores que trabalharam o pragmatismo depois de PIERCE legaram alguma tônica nova, a partir de suas próprias formações pessoais. O pragmatismo, dessa maneira, estendeu-se para bem além da lógica, o que lhe

<sup>147</sup> JAMES, William. Pragmatismo. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 44-45.

<sup>148</sup> “Considere quais os efeitos, que poderiam concebivelmente ter consequências práticas, concebemos que tenha o objeto da nossa concepção. Então, nossa concepção desses efeitos é o todo de nossa concepção do objeto.” (Tradução cf. WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 41).

<sup>149</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 41.

<sup>150</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 127.

<sup>151</sup> Em uma das suas conferências, William James afirmou que “A palavra ‘pragmatismo’ espalhou-se, e, atualmente, transparece em grau razoável nas páginas das publicações filosóficas. Em todas as bandas damos conta do ‘movimento pragmático’, falando às vezes com respeito, às vezes com contumélia; raramente com perfeito conhecimento de causa. É evidente que o termo se aplica convenientemente a um número de tendências que até aqui têm carecido de um nome geral, e que ‘veio para ficar’.” (JAMES, W. Pragmatismo, p. 45).

<sup>152</sup> MENAND, L. The Metaphysical Club: a story of ideas in America, p. 347-358.

rendeu os contornos de uma filosofia original. Numa generalização, o pragmatismo de PIERCE poderia ser considerado “lógico”, ao passo que o de JAMES, “ético”, e o de JOHN DEWEY, “social”. Cada qual bebendo de diversas fontes, com visões diferentes, muito embora mantendo uma linha essencial.

WILLIAM JAMES, por meio de seus escritos e conferências, popularizou o termo pragmatismo, mas ampliou a sua significação, deixando de atribuir-lhe apenas um caráter lógico, para também albergar uma autêntica teoria da verdade,<sup>153</sup> a qual está na base da construção posterior do pragmatismo. É dele a associação da verdade com a “vontade de acreditar”,<sup>154</sup> ou, nas suas palavras, “uma idéia é verdadeira na medida em que acreditar nela é proveitoso para nossas vidas”.<sup>155</sup> Seu método da verdade foi aplicado para além das ciências, atingindo a moral e a religião.

JOHN DEWEY, por sua vez, afastou-se da concepção subjetiva de JAMES (a verdade como vontade de acreditar), para fundar um método procedimental da verdade, representado pela *warranted assertibility* (assertividade garantida), a qual, segundo JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ, seria “una solución a un problema que inició en condiciones de duda y al que, tras un proceso de investigación (*inquiry*), termina dándosele una salida con la cual la duda ya no se necesita o no se siente.”<sup>156</sup> Para se diferenciar, DEWEY chamou o seu pragmatismo de “instrumentalismo”. Suas elaborações influenciaram a teoria política e, sobretudo, a pedagogia.

Para os três autores, no entanto, a filosofia funciona de forma prospectiva, voltada para o futuro, encarando não só a verdade, mas também a realidade, como algo inteiramente maleável, “à espera de receber sua forma final por nossas próprias mãos.”<sup>157</sup>

Apesar de PIERCE, JAMES e DEWEY protagonizarem o pragmatismo clássico nos Estados Unidos, outros filósofos norte-americanos também podem ser considerados inclusos nesse período, como é o caso de GEORGE HERBERT MEAD (1863-1931), CLARENCE IRVING LEWIS (1883-1964) e SIDNEY HOOK (1902-1989).

---

<sup>153</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 127-128.

<sup>154</sup> JAMES, William. A vontade de crer. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 7 e ss.

<sup>155</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 58.

<sup>156</sup> “[Uma asserção garantida] seria uma solução a um problema que se iniciou em condições de dúvida e ao que, através de um processo de investigação (*inquiry*), termina dando-lhe uma saída com a qual a dúvida já não se necessita ou não se sente.” (LLEDÓ, Juan Antonio Pérez. El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos. Lima: Palestra, Bogotá: Temis, 2008, p. 143-144, tradução nossa).

<sup>157</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 128.

A filosofia pragmática, a partir dos clássicos norte-americanos, alastrou-se e ganhou o mundo. Na Inglaterra, conheceu-se o humanismo de FERDINAND CANNING SCOTT SCHILLER (1864-1937).<sup>158</sup> Em França, as visões de WILLIAM JAMES influenciaram filósofos como HENRI BERGSON (1859-1941), MAURICE BLONDEL (1861-1949), ÉMILE BOUTROUX (1845-1921), PIERRE DUHEM (1861-1916), ÉDOUARD LE ROY (1870-1954), HENRI POINCARÉ (1854-1912) e GEORGES SOREL (1847-1922).<sup>159</sup> Na Itália ficaram conhecidos os trabalhos dos pragmatistas florentinos, também conhecidos como os *Leonardini*, capitaneados por GIOVANNI PAPINI (1881-1956) e GIUSEPPE PREZZOLINI (1882-1982).<sup>160</sup>

Na Alemanha, pátria do idealismo, o pragmatismo não podia encontrar boa recepção. Segundo CORNELIS DE WAAL,

Em 1908, Pragmatismo, de James, foi traduzido para o alemão pelo professor austríaco Wilhelm Jerusalem. O livro levou a uma tempestade de protestos na Alemanha e foi ardentemente debatido durante o Congresso Mundial de Filosofia, realizado mais tarde, no mesmo ano, em Heidelberg. As visões de James foram vistas como um claro sinal de que a filosofia americana se degradara para um comercialismo descarado, no qual a verdade era identificada com o quanto seus dólares podiam comprar. Proponentes alemães do pragmatismo eram poucos e dispersos, e antes que pudessem preparar uma defesa apropriada contra a blindagem da crítica mal informada, a Primeira Guerra Mundial irrompeu, o que também aprofundou a separação entre os Estados Unidos e a Alemanha.<sup>161</sup>

Disseminado, não só pelos Estados Unidos, como pela Europa, o pragmatismo enfrentou sua maior resistência após a assunção da filosofia analítica, dentro da qual, todavia, conseguiu renovar-se, dando origem ao que se convencionou chamar de neopragmatismo, tema do tópico a seguir.

### 3.2.2 O pragmatismo contemporâneo ou neopragmatismo

O pragmatismo contemporâneo ou neopragmatismo é o pragmatismo abrangido pela filosofia analítica da linguagem, a qual, de uma forma ou de outra, ainda representa o paradigma filosófico da atualidade.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> SCHILLER, Ferdinand Canning Scott. El desafío humanista del Pragmatismo. Madrid: Biblioteca Nueva, 2011. p. 77 e ss.

<sup>159</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 101-102.

<sup>160</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 101 e ss.

<sup>161</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 102.

<sup>162</sup> Segundo a filosofia analítica, “A linguagem torna-se como que a explicitação da razão, ou melhor, torna-se a própria razão. Por isso, o tema da consciência é substituído pelo da linguagem, caracterizando assim um novo

O neopragmatismo é proclamado como uma renovação do pragmatismo após um período de certa obscuridade – o eclipse do pragmatismo – devido ao predomínio do empirismo lógico nos Estados Unidos.<sup>163</sup>

Atribui-se às obras de WILLARD VAN ORMAN QUINE (1908-2000), logo após a Segunda Guerra Mundial, o início da renovação neopragmática. Mas, sem dúvida que o filósofo mais destacado do pragmatismo contemporâneo foi RICHARD RORTY (1931-2007). Isso sem deixar de mencionar outros filósofos norte-americanos, como HILARY PUTNAM (1926-), SUSAN HAACK (1945-), ROBERT BRANDOM (1950-) e CORNEL WEST (1953-), os quais, embora pragmatistas, apresentam, cada qual, uma particular percepção do pragmatismo.

As diferenças entre o pragmatismo clássico e o neopragmatismo costumam ser expressivas, especialmente considerando a obra de RICHARD RORTY. Em síntese, enquanto o pragmatismo original manifestava laços com o realismo, o neopragmatismo rortyano coloca pragmatismo e realismo em posições antagônicas.<sup>164</sup> Além disso, a experiência, para o pragmatismo clássico, ocupa lugar privilegiado, que ultrapassa a esfera da linguagem, podendo assumir formas pré-linguísticas ou mesmo não-linguísticas, ao passo que o neopragmatismo, aderido à “virada linguística” da filosofia, não tolera essa desvinculação.<sup>165</sup>

Esta tese elegeu o pragmatismo clássico como referencial teórico para a construção de um método para o direito processual civil. Isso porque as ideias desse período são as que melhor expressam as características fundamentais e úteis do pragmatismo para a finalidade metodológica desejada.<sup>166</sup> Por essa razão, não obstante algumas passagens da obra de RICHARD RORTY e de outros pragmatistas contemporâneos sejam de inequívoca serventia para os propósitos do trabalho, as principais referências advêm dos autores clássicos, sobretudo PIERCE, JAMES e DEWEY, sem significativos aportes à filosofia da linguagem.

---

paradigma na filosofia.” (DUTRA, Delamar José Volpato. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 10).

<sup>163</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 125.

<sup>164</sup> RORTY, Richard. Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos I. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997. p. 78-85.

<sup>165</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 126-127.

<sup>166</sup> Thamy Pogrebinschi afirma que o neopragmatismo de Richard Rorty, na medida em que é antirrealista, substituindo a experiência pela linguagem, é mais um pós-modernismo do que propriamente um pragmatismo (POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 137-138).

Com essa breve localização histórica, é possível traçar as principais características do pragmatismo, conforme originalmente concebido, tanto na filosofia, como no direito.

### 3.3 O PRAGMATISMO FILOSÓFICO

#### 3.3.1 O pragmatismo é método

A dificuldade que existe para se estabelecer o que venha a ser o pragmatismo está na falta de consenso entre os próprios pragmatistas sobre sua filosofia. Há quem diga que existem tantos pragmatismos quanto existem pragmatistas.

De fato, o pragmatismo lógico de PIERCE difere do pragmatismo ético de JAMES e ambos sofrem críticas do instrumentalismo de DEWEY. E as diferenças entre os clássicos costumam produzir diferenças entre os pragmatistas contemporâneos, os quais, ressalvadas as suas características próprias, costumam se filiar a um ou a outro. RICHARD RORTY, por exemplo, aproxima-se de DEWEY, enquanto que SUSAN HAACK afirma-se como descendente das ideias pragmatistas de PIERCE.

Mas essa dificuldade se ameniza quando se tem presente que o pragmatismo nunca se pretendeu como uma doutrina ou um corpo sistemático de ideias.<sup>167</sup> A proposta pragmática nunca foi a de fornecer uma visão de mundo ou de explicar como esse mundo funciona. Costuma-se dizer que “o pragmatismo é um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica”<sup>168</sup> ou que é uma “teoria sobre como usar a teoria.”<sup>169</sup> Bem por isso, o pragmatismo não se intromete na luta entre as metanarrativas modernas produzidas nos últimos séculos,<sup>170</sup> muito embora possa apresentar uma crítica da modernidade em sua pretensão universalista e fundacionista da razão moderna.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> Segundo León Duguit, “O pragmatismo não é uma doutrina, é um conjunto de ideias que não tem coordenação e harmonia. Doutrina é a coordenação de um conjunto de ideias gerais e o pragmatismo, ainda que tenha algumas dessas ideias, estão nele carentes de harmonia e conexão.” (DUGUIT, Léon. El pragmatismo jurídico. Madrid: Francisco Beltrán, 1924, p. 62, tradução nossa).

<sup>168</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 22.

<sup>169</sup> EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. Revista Novos Estudos, São Paulo, CEBRAP, n. 62, mar 2002, p. 109.

<sup>170</sup> COSTA, Pietro Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 17-19

<sup>171</sup> LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo *et al.* (Org.). Repensando a teoria do estado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 284.

Como já se referiu, com PIERCE, “o pragmatismo foi originalmente inventado como um método para determinar o significado das palavras, principalmente em termos filosóficos e científicos”<sup>172</sup>, enxugando da linguagem tudo aquilo que fosse inútil para a fixação dos significados. A partir de JAMES, ao pragmatismo da significação somou-se o pragmatismo da verdade, na contribuição, talvez, mais proeminente (e polêmica) do pragmatismo à filosofia em geral. O método pragmático da verdade se sobressai e toma quase que por inteiro o pragmatismo, pelo que, contra esse método, é que costumam ser dirigidas as principais críticas. Em termos gerais, a crítica é que “os pragmatistas trocaram a verdade pela gratificação”<sup>173</sup> ou que padecem de “impiedade cósmica”, na medida em que a verdade passa a ser controlada pelos seres humanos, o que poderia levar a uma perigosa forma de “embriaguez do poder.”<sup>174</sup>

No que todos os pragmatistas parecem concordar é que o pragmatismo não busca encontrar a essência ou a natureza das coisas, estabelecer conceitos ou categorias definitivas e universais, nem gastar tempo com preocupações metafísicas. Trata-se de uma atitude ou espírito geral, como se refere JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ, no sentido oposto à metafísica e à especulação abstrata, renunciando aos dogmas, à busca idealista de “totalidade”, da “natureza última” das coisas, de “absolutos” ou de “primeiros princípios”.<sup>175</sup>

Seja como for, a exposição do pragmatismo filosófico poderá se limitar a apontar as principais ideias que fundamentam e norteiam o método pragmático de filosofar, especialmente no que concerne ao critério pragmático da verdade, permitindo contrastar o pragmatismo dentro do vasto conjunto de filosofias.

### 3.3.2 O pragmatismo é método para a ação

O pragmatismo filosófico é um método voltado para a ação do homem sobre o mundo.

Toma como ponto de partida a teoria evolucionista de CHARLES ROBERT DARWIN (1809-1882), concebendo a inteligência humana como uma adaptação pa-

---

<sup>172</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 22.

<sup>173</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 23.

<sup>174</sup> RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967. Livro Quarto. p. 381-382.

<sup>175</sup> LLEDÓ, J. A. P. El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos, p. 118.



ra agir sobre o meio e sobreviver às adversidades. Nas palavras de RICHARD RORTY, a sugestão darwiniana é a de “pensarmos os seres humanos como animais mais complexos, em vez de animais com um ingrediente a mais chamado ‘intelecto’ ou ‘alma racional’.”<sup>176</sup> Através da razão, o ser humano pode meditar sobre si mesmo e sobre o universo, produzir metafísica, especular sobre a essência das coisas; mas, essas atividades não correspondem à sua função primordial.<sup>177</sup> A função da razão é dotar o ser humano de melhores possibilidades de agir no mundo.<sup>178</sup> O que transborda a essa função, qualquer racionalidade desprovida de consequências práticas, é desvio de finalidade.<sup>179</sup>

Nessas bases se lançou o pragmatismo de PIERCE, ao afirmar que “a função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação; e que qualquer coisa que esteja ligada com um pensamento, mas que seja irrelevante para o seu objetivo, é um acréscimo, mas não parte dele.”<sup>180</sup> Assim, a mente é mecanismo prático, “já que é instrumental para a sobrevivência do homem: assim como o significado se adapta ao seu propósito, o sujeito se adapta ao seu fim e a mente lhe serve como um mecanismo adaptativo para enfrentar o ambiente externo.”<sup>181</sup>

### 3.3.3 O pragmatismo é antifundacionista e antirracionalista

Partindo da origem darwinista da razão, o pragmatismo se posiciona radicalmente contrário ao absoluto e a qualquer novo substituto da divindade. Rejeita, por isso, o apriorismo e as verdades absolutas. A filosofia pragmática não busca en-

---

<sup>176</sup> RORTY, Richard. *Pragmatismo e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 126.

<sup>177</sup> Humberto Maturana observa que “A história da Humanidade se configura muito antes do pensamento científico formal. Transcorreu um período de cerca de três milhões e meio de anos de transformação de um primata de cerca de um metro de altura, bípede, com um cérebro de um terço do nosso, até o tipo de cérebro que temos hoje, atual, com todas as nossas características – que havia já há cerca de dois mil e quinhentos anos, se vocês querem, para iniciarmos antes da Grécia Clássica. E não necessitávamos de reflexões sobre a ciência.” (MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001. p. 58).

<sup>178</sup> HESSEN, J. *Teoria do conhecimento*, p. 109.

<sup>179</sup> Mas, como salienta Richard Posner, “Isso não é para denegrir o papel que a inteligência especulativa, a imaginação e o pensamento abstrato desempenharam no progresso humano, inclusive no progresso científico e tecnológico. Uma outra implicação do darwinismo, no entanto, coloca o lado da teoria da atividade intelectual em perspectiva: é provável que nossos procedimentos intelectuais mais convincentes sejam experimentais em vez de apriorísticos. A evolução é um processo experimental, um processo de tentativa e erro. As mutações criaram variações herdáveis e a seleção natural na verdade escolhe o mais adaptativo. Pura tentativa e erro opera devagar demais para ser uma estratégia de pesquisa factível e é aí que entra a teorização. As teorias escolhem os caminhos mais promissores para a investigação experimental. Mas isso significa que a teorização é o início da investigação, não o final.” (POSNER, R. A. *Direito, pragmatismo e democracia*, p. 25).

<sup>180</sup> PIERCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul (Orgs.). *Collected Papers of Charles Sanders Pierce*, vol. V, p. 388-410, 1934. item 400.

<sup>181</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 127.

contrar a causa primeira das coisas, pelo que considera “desprezíveis as questões tradicionais da metafísica e da epistemologia, pois elas não têm nenhuma utilidade social”.<sup>182</sup> O que não quer dizer que a metafísica ou a epistemologia não tenham sentido, “nem que se apóiem em pressupostos falsos, mas está simplesmente ligado ao fato de que o vocabulário da metafísica e da epistemologia não tem nenhuma função social.”<sup>183</sup>

O pragmatismo é, portanto, antifundacionista.

Uma filosofia antifundacionista, segundo o neopragmatismo de RICHARD RORTY, deveria trabalhar numa atividade de redescritção das narrativas comuns, numa prática de ressignificação do mundo (e de reconstrução da filosofia, conforme já havia proposto JOHN DEWEY<sup>184</sup>), forjando um instrumento mais consciente em favor da mudança de opiniões e de modos de pensar.

Na ótica clássica de WILLIAM JAMES, o pragmatismo se apresenta como um movimento antirracionalista e anti-intelectualista,<sup>185</sup> não no sentido de negar importância à razão, mas de combater a filosofia que somente “exercite os poderes de abstração intelectual.”<sup>186</sup>

Para os objetivos deste trabalho, conforme o referencial teórico adotado, é importante destacar o pensamento antirracionalista de JAMES, o qual, de uma maneira geral, influenciou os rumos do pragmatismo. Segundo ele,

O pragmatismo volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões *a priori*, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.<sup>187</sup>

---

<sup>182</sup> RORTY, Richard; ENGEL, Pascal. Para que serve a verdade? São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 58-59.

<sup>183</sup> RORTY, R.; ENGEL, P. Para que serve a verdade?, p. 59.

<sup>184</sup> John Dewey, em Reconstruction in philosophy (1920), propunha uma modificação na filosofia que corresponde às modificações que mundo havia experimentado, através das revoluções científica, política e industrial (DEWEY, John. Reconstruction in philosophy. Boston: Beacon Press, 1968).

<sup>185</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 48. O intelectualismo é uma tentativa de mediação entre o racionalismo e o empirismo, buscando reunir o pensamento e a experiência nas fundações do conhecimento (HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 59-62).

<sup>186</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 33.

<sup>187</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 47.

Quanto à função da filosofia, JAMES asseverava que “deve ser a de achar que diferença definitiva fará para mim e você, em instantes definidos de nossa vida, se essa fórmula do mundo ou aquela outra seja verdadeira.”<sup>188</sup> Nesse ponto, parece clara a semelhança entre essa visão de JAMES e a proposta de redescritção de RORTY (como também a de reconstrução de DEWEY), acerca dos novos propósitos da filosofia. De uma forma ou de outra, para eles, a filosofia deve parar de indagar sobre a essência das coisas e passar a buscar soluções reais para os problemas práticos que afligem a humanidade em seu espaço-tempo.<sup>189</sup>

Diante dessa aversão ao absolutismo filosófico e dessa desconfiança permanente quanto à onipotência da razão,<sup>190</sup> o pragmatismo também se converte em opositor ao dogmatismo e ao conceitualismo. O racionalismo, ao fazer do pensamento a única ou a verdadeira fonte do conhecimento, com vistas ao ideal lógico-universal, reduziu o conhecimento ao saber matemático, reacendendo o espírito do dogmatismo, inferindo proposições materiais de princípios formais e deduzindo conhecimentos a partir de meros conceitos.<sup>191</sup>

Os dogmas e seus conceitos costumam se apresentar como os novos substitutos da divindade, especialmente no campo do direito,<sup>192</sup> contra os quais o pragmatismo trava luta constante em prol de soluções empiricamente orientadas.

### 3.3.4 O pragmatismo é empirista

Como não poderia deixar de ser, o pragmatismo, sendo uma filosofia da ação e atuando na crítica radical ao paradigma racionalista e suas derivações (dogmatismo, conceitualismo etc.), fincou seus alicerces no empirismo, não no sentido tradicional de que a experiência seja a única fonte do conhecimento,<sup>193</sup> mas fazendo

---

<sup>188</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 46. Na mesma obra, James acusa as filosofias intelectualistas de se satisfazerem com um objeto refinado de contemplação, como uma espécie de “templo marmóreo brilhando no alto da colina”, o que jamais atenderá ao temperamento empírico (p. 34). Segundo ele, “há algo de fantasmagórico na satisfação com que um sistema puro, mas irreal, enche um espírito racionalista.” (p. 34).

<sup>189</sup> Daí a preocupação fundamental de Dewey com a educação, a qual, segundo ele, é um processo de reconstrução e reorganização da experiência, pelo qual lhe percebemos mais agudamente o sentido, e com isso nos habilitamos a melhor dirigir o curso de nossas experiências futuras. (DEWEY, John. Experiência e natureza; Lógica; a teoria da investigação; A arte como experiência; Vida e educação; Teoria da vida moral. [Coleção Os Pensadores]. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 116).

<sup>190</sup> AZEVEDO, Álvaro Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 33, jan./mar. 2000. p. 123-125.

<sup>191</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 54.

<sup>192</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 65-66.

<sup>193</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 54-59.

da experiência a melhor forma para obter resultados sobre decisões que se necessita tomar.

Diferentemente do empirismo clássico, em que o observador se serve da experiência como critério da verdade (só é verdadeiro o que a experiência diz que é), o empirismo pragmático usa a experiência como expediente de verificação da verdade. Em outras palavras, a verdade é algo provisório, que precisa ser aplicada e testada na prática para ser confirmada como tal. Não se trata de corresponder, inexoravelmente, experiência e verdade. Como dizia JAMES, “a verdade de uma idéia não é uma propriedade estagnada nessa idéia. Acontece ser verdade a uma idéia. Esta torna-se verdadeira, é feita verdadeira pelos acontecimentos.”<sup>194</sup>

Disso tudo resulta a especificidade do empirismo pragmático: o significado e a verdade acham-se localizados no futuro. Uma proposição ou solução pode ser antecipada pela teoria, mas sua significação ou veracidade dependerão da experiência futura confirmar ou não os respectivos resultados. Em outras palavras, a verdade não é aferida no momento em que é feita, pelos expedientes da razão, senão após a produção de suas consequências na experiência futura.

Essas concepções sobre a experiência e o empirismo impactam a concepção de verdade, que não poderá ser fixa e eterna. As verdades tornam-se relativas, temporais e localizadas historicamente, pois novas descobertas e experiências revelam que certas verdades existentes não são mais sustentáveis, sendo necessário construir novas verdades.<sup>195</sup>

### 3.3.5 O pragmatismo é consequencialista, mas não é utilitarista

O pragmatismo, enquanto empirismo, também é marcado pelo consequencialismo, na medida em que requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. Nenhuma proposição pode ser avaliada apenas pelo seu caráter intrínseco, o que seria dar vazão aos postulados racionalistas e intelectualistas. O consequencialismo é a nota fundamental para a elaboração singular do critério pragmático da verdade.

Mas não se pode esconder que o consequencialismo, a par do empirismo, é um ponto de contato entre o pragmatismo e o utilitarismo, este forjado, especialmen-

---

<sup>194</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 113.

<sup>195</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 96.

te, a partir da obra de JEREMY BENTHAM (1748-1832). As diferenças entre eles, no entanto, são claras, tornando-os inconfundíveis.

O utilitarismo foi uma das grandes doutrinas éticas, com decorrências sociais e políticas, que orientava a ação humana de modo a otimizar o bem-estar geral ou coletivo. A tradição utilitarista fundava-se na “busca pelo estado de coisas mais vantajoso, o igual peso dos interesses, o cálculo moral de custo-benefício, a maximização da felicidade e o combate ao sofrimento.”<sup>196</sup> Surgiu como uma crítica radical da sociedade inglesa do século XVIII, atacando os direitos dos que detinham privilégios injustos à custa da maioria.<sup>197</sup> Segundo NICOLA ABBAGNANO, “o utilitarismo é a tentativa de transformar a ética em ciência positiva da conduta humana, ciência que Bentham queria tornar ‘exata como a matemática’.”<sup>198</sup>

No plano político, também visava, como as demais doutrinas políticas, a estabelecer a relação entre os indivíduos e o Estado, bem como a justificar a obediência ao poder estatal. Na ótica de BENTHAM, o cidadão deveria obedecer ao Estado na medida em que a obediência contribuiria mais para a felicidade geral do que a desobediência. O utilitarismo pregava que uma ação correta “é aquela que propicia o resultado ótimo em termos de maximização do bem ou utilidades.”<sup>199</sup>

De uma maneira geral, o consequencialismo utilitarista afirma que a avaliação moral da prática humana não deve levar em consideração o seu significado intrínseco, mas as consequências que serão por ela ocasionadas.<sup>200</sup> A teoria utilitarista avalia ações a partir dos seus resultados práticos, no que comunga com o pragmatismo. Nesse aspecto, também se revela como uma filosofia da ação, servindo de inspiração para toda uma série de transformações institucionais e políticas na Inglaterra dos séculos XVIII e XIX.<sup>201</sup> Nas palavras de JOHN DEWEY, “it taught that insti-

---

<sup>196</sup> SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 40.

<sup>197</sup> SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 39.

<sup>198</sup> ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia, p. 986.

<sup>199</sup> SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 33.

<sup>200</sup> SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 33.

<sup>201</sup> BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 16.

tutions are made for man and not man for institutions; it actively promoted all issues of reform.”<sup>202</sup>

Porém, esse consequencialismo utilitarista, enquanto manifestação positivista, é racionalista e dogmático, pois admite apenas um resultado válido: a felicidade máxima para o máximo de pessoas, avaliada de acordo com o cálculo utilitário ou hedonista.<sup>203</sup>

Segundo as clássicas lições de BENTHAM,

[...] propiciar prazeres e evitar dores constituem os ‘objetivos’ que o legislador tem em vista, razão pela qual é de conveniência que compreenda o seu valor. Os prazeres e as dores constituem os ‘instrumentos’ com os quais o legislador deve trabalhar. Por este motivo convém que compreenda a força dos mesmos, ou seja, em outros termos, o seu valor.<sup>204</sup>

Bem ao contrário do pragmatismo, o consequencialismo utilitarista baseia-se na ideia de um fim único, fixo e supremo (“a ética de uma máxima só”): a maior agregação possível de prazeres.<sup>205</sup>

Mais do que isso, o utilitarismo benthaniano pretende calcular a moralidade ou a adequação de uma ação através de critérios racionais e matemáticos, medindo a quantidade de dor e prazer em geral.<sup>206</sup> E, como se percebe, os prazeres e sofrimentos são sopesados com a mesma importância, independentemente dos indivíduos, das culturas e tempos históricos, dada a pretensão universalista do utilitarismo positivista, diversamente da proposta pragmática, que contextualiza as consequências.

JOHN DEWEY, reconhecendo os méritos que o utilitarismo teve ao submeter as instituições aos interesses humanos, apontou sua falha fundamental em estabelecer uma finalidade absoluta para a ação:

Upon the whole, utilitarianism has marked the best in the transition form de classic theory of the ends and goods to the which is now possible. It had definite merits. It insisted upon getting away from vague generalities, and down to the specific and concrete. It subordinated law to human achievement instead of subordinating humanity to external law. It taught that institutions are made for man and not man for institutions; it actively promoted all

<sup>202</sup> “[O utilitarismo] ensinou que as instituições são feitas para o homem e não o homem para as instituições; promoveu toda sorte de reformas.” (DEWEY, J. Reconstruction in philosophy, p. 180, tradução nossa).

<sup>203</sup> BENTHAM, J. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação, p. 16-18.

<sup>204</sup> BENTHAM, J. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação, p. 16.

<sup>205</sup> DEWEY, J. Reconstruction in philosophy, p. 180-181.

<sup>206</sup> SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 40.

issues of reform. It made moral good natural, humane, in touch with the natural goods of life. It opposed unearthly and other worldly morality. Above all, it acclimatized in human imagination the idea of social welfare as a supreme test. But it was still profoundly affected in fundamental points of fixed, final and supreme end. It only questioned the current notions as to the nature of this end; and then inserted pleasure and the greatest possible aggregate of pleasures in the position of the fixed end.<sup>207</sup>

Mas, o mais grave, nessa fixação hedonista, que concentra na busca pelo prazer toda a ação humana, foi a submissão de todas as virtudes à utilidade, especialmente favorecida pelo espírito do capitalismo florescente, como observou, uma vez mais, JOHN DEWEY:

But the new economic order of capitalism that was superseding feudalism brought its own social evils with it, and some of these ills utilitarianism tended to cover up and defend. The emphasis upon acquisition and possession of enjoyments took on an untoward color in connection with the contemporary enormous desire for wealth and the enjoyments it makes possible.

If utilitarianism did not actively promote the new economic materialism, it had no means of combating it. [...]

Thus utilitarianism gave intellectual confirmation to all those tendencies which make 'business' nor a means of social service and an opportunity for personal growth in creative power but a way of accumulating the means of private enjoyments.<sup>208</sup>

Portanto, enquanto o consequencialismo pragmático é metodológico e contextualizado, o utilitarista é dogmático e universalista.<sup>209</sup>

Dentre essas críticas que são dirigidas à teoria utilitarista, particularmente importante é a que se dá em relação à justiça utilitarista, que também tem por esco-

---

<sup>207</sup> “Acima de tudo, o utilitarismo se apresenta como o melhor na transição entre as clássicas teorias finalistas para o que agora é possível. Ele teve méritos definitivos. Insistiu em abandonar as vaguezas generalistas e voltar-se para o específico e concreto. Subordinou a lei às realizações humanas ao invés de subordinar a humanidade à lei externa. Ele ensinou que as instituições são feitas para o homem e não o homem para as instituições; promoveu toda sorte de reformas. Ele tornou o bem moral natural, humano, em contato com os bens naturais da vida. Opôs-se ao sobrenatural e a outras moralidades mundanas. Acima de tudo, ele acostumou a imaginação humana à ideia de bem-estar social como um teste supremo. Mas ainda estava profundamente afetado em pontos fundamentais pelas antigas maneiras de pensar. Nunca questionou a ideia de um fim último, fixo e supremo. Apenas questionou as noções correntes quanto à natureza daquele fim; e em seguida inseriu o prazer e a maior agregação possível de prazeres na posição do fim último.” (DEWEY, J. Reconstruction in philosophy, p. 180-181, tradução nossa).

<sup>208</sup> “Mas a nova ordem econômica do capitalismo que estava suplantando o feudalismo, trouxe os seus próprios males sociais, e alguns deles o utilitarismo tendeu a abafar ou defender. A ênfase na conquista e fruição dos prazeres assumiu uma calamitosa faceta na conexão com o enorme desejo contemporâneo por riqueza e os prazeres que isso faz possível. Se o utilitarismo não promove ativamente um novo materialismo econômico, ele não tinha meios para combatê-lo. [...]. Assim, o utilitarismo deu confirmação intelectual para todas essas tendências que fazem dos ‘negócios’ não um meio de serviço social e uma oportunidade de crescimento pessoal num poder criativo, mas um caminho de acumulação de meios para prazeres particulares.” (DEWEY, J. Reconstruction in philosophy, p. 182-183, tradução nossa).

<sup>209</sup> POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia, p. 51.

po a máxima felicidade geral, com isso submetendo os direitos humanos ao princípio utilitário, na medida em que o indivíduo somente possuiria direitos na proporção em que isso conduziria a maximizar a salvaguarda do bem coletivo ou a proteção do interesse coletivo. Em outras palavras, por um bem coletivo, seria justificado restringir direitos fundamentais.<sup>210</sup>

O pragmatismo, especialmente o aplicado ao direito, em nenhum momento compartilha dessas ideias. É injusta qualquer crítica ao pragmatismo nesse sentido e, caso feita, seria certamente produto de confusão terminológica com o utilitarismo. O pragmatismo, insista-se, não se confunde com o utilitarismo, apesar de ambos compartilharem características empiristas e consequencialistas. O pragmatista se guia por consequências e resultados, mas não os identifica através de uma hierarquia de preferências hedonísticas racionalmente calculadas, senão através do contexto significado a partir de uma pesquisa empiricamente orientada.

É muito importante essa última crítica de DEWEY, para bem separar pragmatismo e utilitarismo, evitando as imprecisões dirigidas ao pragmatismo, no sentido de trocar a verdade pela gratificação ou de ser veículo de dominação do mercado. Grande parte das críticas dirigidas ao pragmatismo são críticas ao utilitarismo.

### 3.3.6 Concepção da verdade no pragmatismo

Para estabelecer os contornos da concepção pragmática da verdade, ponto chave para a elaboração de um novo método para o direito processual civil, é necessário, antes, tecer algumas considerações sobre a verdade na teoria do conhecimento. Sem essas considerações, ainda que breves, não será possível perceber o quanto é diferente a verdade para o pragmatismo, quando comparada com as tradicionais noções trazidas pela filosofia.

Segundo MIGUEL REALE, “toda a teoria do conhecimento, desde Descartes, passando por Kant, até nossos dias, gira em torno da relação sujeito-objeto.”<sup>211</sup> Tradicionalmente, “o conhecimento aparece como uma relação entre esses dois e-

---

<sup>210</sup> SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 27-31.

<sup>211</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 168.



lementos. Nessa relação, sujeito e objeto permanecem eternamente separados. O dualismo do sujeito e objeto pertence à essência do conhecimento.”<sup>212</sup>

A definição de verdade, na gnosiologia baseada na relação sujeito-objeto, é disputada pelas teorias da correspondência e da coerência.

Pela teoria da verdade como correspondência, uma proposição é verdadeira quando corresponde ao objeto.<sup>213</sup> Nessa concepção, “consequentemente, o conceito de verdade é um conceito relacional. Ele expressa um relacionamento, a saber, o relacionamento do conteúdo do pensamento, da ‘figura’, com o objeto”.<sup>214</sup> Dessa forma, “a verdade não é verdade em relação a esta ou aquela pessoa. Antes, provém de como as coisas são realmente no mundo, independentemente, talvez, das crenças dos seres humanos.”<sup>215</sup> Nessa teoria, a correspondência se dá entre o objeto e a cópia, imagem ou retrato desse objeto formado no pensamento,<sup>216</sup> o que é conhecido como representacionismo.

A plausibilidade dessa teoria se apresenta, “pelo menos no que diz respeito às afirmações que descrevem diretamente um estado de coisas, como a localização de um objeto.”<sup>217</sup> As proposições sobre coisas físicas são bem atendidas pela verdade como correspondência, e pelo representacionismo, dado o contato imediato com o objeto. Para outras afirmações, entretanto, como as normativas, nas quais se trata acerca do que deve ou tem de acontecer, mais sensíveis são as dificuldades da teoria correspondentista, diante da ausência de uma realidade concreta a retratar ou a representar.<sup>218</sup>

Nessa teoria, o critério de verdade, ou seja, o método pelo qual se estabelece que um juízo é verdadeiro ou falso,<sup>219</sup> é a evidência. A evidência não é um fato subjetivo, mas objetivo: não está ligada à clareza e à distinção das ideias, mas ao apresentar-se e manifestar-se do objeto.<sup>220</sup> É a prova da adequação da consciência ao objeto ou do objeto à consciência.

---

<sup>212</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 20.

<sup>213</sup> MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 73.

<sup>214</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 23.

<sup>215</sup> MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 73.

<sup>216</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 20-21; MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 74.

<sup>217</sup> MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 74.

<sup>218</sup> MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 75.

<sup>219</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 119.

<sup>220</sup> ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia, p. 392.

De outra forma, a teoria da verdade como coerência reputa a verdade como a concordância do pensamento consigo mesmo.<sup>221</sup> Em termos mais exatos, “segundo a definição de verdade como coerência, uma afirmação só é verdadeira se guarda uma relação adequada com algum sistema de outras afirmações.”<sup>222</sup> MOSER, MULDER, & TROUT explicam que “os coerentistas propõem às vezes o sistema das verdades matemáticas como paradigma de um sistema coerente, capaz de produzir a verdade.”<sup>223</sup> Os mesmos autores deixam claro que a marca registrada do coerentismo “é o fato de não definir a ‘verdade’ como uma determinada relação entre as afirmações e o mundo não propositivo, mas sim como uma interligação sistemática de várias afirmações.”<sup>224</sup>

O critério de verdade é dado pela coerência interna ou lógica das ideias que formam um raciocínio, coerência essa que depende da obediência às leis e regras do pensamento correto, sem contradições. Uma proposição é verdadeira não porque corresponde a uma realidade externa, mas porque apresenta validade lógica.

Nota-se, às escancaras, que o problema do coerentismo, como manifestação do idealismo sobre a verdade, é o seu isolamento da realidade, ou, nas palavras de HESSEN, sua violência à realidade.<sup>225</sup> Ele privilegia a lógica em detrimento das dimensões psicológicas e ontológicas do fenômeno cognitivo.<sup>226</sup> Por consequência, provoca um alheamento em relação ao mundo e à vida.<sup>227</sup>

As teorias correspondentistas e coerentistas tendem a compreender a verdade como uma relação estática e inerte, ou seja, “quando se chegar à idéia verdadeira de alguma coisa, chega-se ao fim da questão. Está-se em posse; sabe-se; preencheu-se um destino de meditação.”<sup>228</sup>

Com essa introdução, pode-se dizer que o pragmatismo, sobretudo após WILLIAM JAMES, propõe uma concepção da verdade que se identifique com a pro-

---

<sup>221</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 119; MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 77.

<sup>222</sup> MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 77.

<sup>223</sup> MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 77-78.

<sup>224</sup> MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 78.

<sup>225</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 123.

<sup>226</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 123.

<sup>227</sup> HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 110.

<sup>228</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 112.

posta de uma filosofia da ação. Não é um ceticismo,<sup>229</sup> pois não nega que a verdade exista, apenas deixa de se preocupar em estabelecer o seu conceito ou a sua essência. O objetivo não é atingir o íntimo das coisas, mas otimizar a ação do homem sobre o mundo. Para tanto, o pragmatismo utiliza-se da verdade como ferramenta metodológica, como instrumento para a ação.

Para o pragmatismo, como já foi salientado, a avaliação de um discurso depende da medição das suas consequências práticas. Para se avaliar a veracidade de uma proposição, o pragmatismo propõe a investigação dos seus efeitos práticos: de acordo com a Máxima Pragmática de PIERCE, a concepção de um objeto corresponde à concepção dos seus efeitos práticos concebíveis. E WILLIAM JAMES conecta esses efeitos práticos com a vida, ao formular as “perguntas habituais pragmáticas”, as quais dão base à produção do “teste pragmático da verdade”:

Supondo-se que uma idéia ou crença seja verdadeira, que diferença concreta, em sendo verdadeira, fará na vida real de alguém? Como será compreendida a verdade? Que experiências serão diferentes daquelas que prevaleceriam se a crença fosse falsa? Qual, em suma, é o valor em caixa da verdade, em termos experimentais?<sup>230</sup>

Com essa estratégia, o pragmatismo, como filosofia da ação, elimina das discussões toda a abstração teórica destituída de efeitos concretos. Poupa-se o tempo dos filósofos (e dos juristas, no pragmatismo jurídico) com as intermináveis disputas metafísicas,<sup>231</sup> as quais se tornaram cansativas, cansaço esse que lançou os brotos da filosofia contemporânea. Nas palavras de CORNELIS DE WAAL, “o que se chama de teoria pragmatista da verdade é, assim, um desenvolvimento do desejo de limpar o discurso filosófico.”<sup>232</sup> Visto de dentro, “a questão que nos importa, a nós, pragmatistas”, diz RICHARD RORTY, “não é saber se um debate faz ou não sentido, se ele remete a problemas reais ou não-reais, mas determinar se a resolução desse debate terá um efeito na prática, se ele será útil.”<sup>233</sup>

Essa limpeza do discurso filosófico, orientada pelo pragmatismo, conduz o intérprete a rejeitar todo e qualquer debate que não tenha consequências práticas. O

---

<sup>229</sup> Johannes Hessen afirma que o pragmatismo seria um “ceticismo positivo”, porque abandona a concepção da verdade como correlação entre sujeito e objeto, mas a substitui por outra, a verdade como útil, valioso, promotor da vida (HESSEN, J. Teoria do conhecimento, p. 39-40).

<sup>230</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 112-113.

<sup>231</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 44.

<sup>232</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 23.

<sup>233</sup> RORTY, R.; ENGEL, P. Para que serve a verdade?, p. 54.

debate puramente intelectual pode interessar aos metafísicos, mas não aos pragmatistas. Se não for possível identificar qualquer consequência prática na diferenciação de dois conceitos ou proposições, então tal diferenciação é irrelevante e deve ser desprezada.<sup>234</sup> As distinções precisam afetar o mundo, causar impacto, ter utilidade social, não podem se limitar a elucubrações. Essa diretriz pragmática já era encontrada no ensaio fundador de PIERCE, como se pode constatar pelo seguinte extrato:

A essência da crença é a criação de um hábito; e diferentes crenças distinguem-se pelos diferentes modos de acção a que dão origem. Se as crenças não diferirem neste aspecto, se elas apaziguarem a mesma dúvida através da produção da mesma regra de acção, então as simples diferenças na maneira de como temos consciência delas não podem torná-las crenças diferentes, assim como o tocar de uma melodia em escalas diferentes não é o mesmo que tocar diferentes melodias.<sup>235</sup>

Esse trabalho de traçar consequências práticas para interpretar cada noção ou afirmação depende da experiência. O pragmatismo é empirista, não se satisfaz com os métodos racionalistas. Como já foi salientado quando da análise das relações entre pragmatismo e empirismo, o empirismo pragmático usa a experiência como expediente de verificação da verdade pragmática. A verdade é algo provisório, que precisa ser aplicada e testada na prática para ser confirmada como tal. Na visão de JAMES, “as idéias verdadeiras são aquelas que podemos assimilar, validar, corroborar e verificar. As idéias falsas são aquelas com as quais não podemos agir assim”.<sup>236</sup>

Ainda que se possa, por intermédio da razão, estabelecer um conceito qualquer e as condições para que algo se ajuste a ele, a verdade de uma proposição, no sentido desse conceito, dependerá da experiência posterior à afirmação. Como já foi dito, uma proposição ou solução pode ser antecipada pela teoria, mas sua significação ou veracidade dependerão da experiência futura confirmar ou não os respectivos resultados. A verdade não é aferida no momento em que é feita, pelos expedientes da razão, senão após a produção de suas consequências. Por isso se pode dizer que a verdade acha-se localizada no futuro, pois as consequências somente poderão ser verificadas pela experiência que confirma ou rejeita essa proposição.

---

<sup>234</sup> RORTY, R.; ENGEL, P. Para que serve a verdade?, p. 54; JAMES, W. Pragmatismo, p. 44.

<sup>235</sup> PIERCE, C. S. How to make our ideas clear, item 398.

<sup>236</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 113.

Note-se que todo esse processo de verificação empírica, indispensável na concepção pragmática da verdade, não deixa de corresponder sujeito e realidade, mas opera de forma diferente da vertente filosófica correspondentista.<sup>237</sup> Uma afirmação é verdadeira quando concorda com a realidade, mas, para o pragmatismo, essa concordância não significa simples cópia, imagem ou retrato que se tenha do objeto. Não é representacionista. Nesse sentido, pondera WILLIAM JAMES:

Copiar uma realidade, na verdade, é uma maneira bem importante de concordar com a mesma, longe, porém, de ser essencial. O essencial é o processo de ser guiado. Qualquer idéia que nos ajude a lidar, prática ou intelectualmente, com a realidade ou seus pertences, que não perturba nosso progresso com frustrações, que ajusta, de fato, e adapta nossa vida ao cenário geral da realidade, concordará suficientemente em satisfazer o requisito. Manterá a verdade daquela realidade.<sup>238</sup>

Para o pragmatismo, sobretudo de corte jamesiano, haverá concordância entre uma ideia e a realidade sempre que for possível apurar que tal ideia propicia resultados úteis em termos de ação no mundo. Uma proposição será verdadeira quando apresentar resultados úteis de acordo com determinado referencial. Segundo DUGUIT, “La verdad de una afirmación se juzga por el valor de sus consecuencias o resultados.”<sup>239</sup> Em perfeita síntese, JAMES afirma que “verdadeira é o nome para qualquer idéia que inicie o processo de verificação, útil é o nome para sua função completada na experiência.”<sup>240</sup>

O humanismo de FERDINAND SCHILLER caminha no mesmo sentido, deixando claro que não basta dizer que uma verdade tem consequências e que aquilo que não tem consequências (práticas) não tem significado. É sempre indispensável que essas consequências sirvam a algum interesse humano: elas devem ser consequências para alguém por algum propósito.<sup>241</sup>

Mas isso não quer dizer, como afirmam muitos críticos do pragmatismo,<sup>242</sup> que se está a reduzir o critério da verdade ao critério do útil. O pragmatismo não é uma redução simplista do verdadeiro ao útil, como já observou MIGUEL REALE:

---

<sup>237</sup> PUTNAM, Hilary. A teoria da verdade de James. In: PUTNAM, Ruth Anna (Org.). William James. Aparecida/SP: Ideias & Letras, 2010. p. 218-226.

<sup>238</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 118.

<sup>239</sup> “A verdade de uma afirmação se julga pelo valor de suas consequências ou resultados.” (DUGUIT, L. El pragmatismo juridico, p. 65, tradução nossa).

<sup>240</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 114.

<sup>241</sup> SCHILLER, Ferdinand Canning Scott. Studies in humanism. London/New York: MacMillan, 1907. p. 5.

<sup>242</sup> Por exemplo: VÁZQUEZ, A. S. Filosofia da práxis, p. 241; MOSER, P. K.; MULDER, D. H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática, p. 80-81; MARÍAS, J. História da filosofia, p. 441-442.

O que o pragmatismo sustenta é que devemos resolver o problema do conhecimento e do alcance do conhecimento reconhecendo que a teoria se insere ou se integra como momento da “ação” ou da vida prática, a tal ponto que os “elementos formais” da Lógica são “formas de dada matéria”, consoante expressiva maneira de dizer de John Dewey.

Uma verdade só é verdade porque vai ao encontro das exigências vitais do homem; e essas exigências só se aquilatam no plano da ação e não no plano teórico da especulação, seccionado das circunstâncias existenciais.<sup>243</sup>

Essa concepção fornece solução na disputa entre duas ou mais proposições com igual pretensão de verdade: verdadeira será aquela que exibir as melhores consequências práticas de acordo com o referencial dado. Mais do que isso, não se pode rejeitar uma proposição apenas porque ela não se enquadra em um conceito ou um qualquer sistema de afirmações, conforme assevera WILLIAM JAMES:

Nos princípios pragmáticos, não podemos rejeitar qualquer hipótese se daí decorrem consequências úteis à vida. As concepções universais, como coisas que se deve levar em conta, podem ser tão reais para o pragmatismo como as sensações particulares o são. Não têm, na verdade, nenhum sentido e nenhuma realidade se não têm uso. Se, porém, têm qualquer uso, têm aquela quantidade de significado. E o significado será verdadeiro se o uso enquadra bem com os demais usos da vida.<sup>244</sup>

As características até aqui expostas delineiam a concepção pragmática da verdade que parece mais útil e interessante à proposta de revelar e elaborar um novo método para o direito processual civil.

Essa concepção é, sobretudo, tirada a partir da obra de WILLIAM JAMES, a qual originou uma infinita série de seguidores, os quais, de uma forma ou de outra, conceberam como proposição verdadeira aquela que ostenta as melhores consequências práticas para o agir no mundo, de acordo com objetivos pré-estabelecidos.

Mas é preciso distinguir, para fechar essa abordagem, que CHARLES SANDERS PIERCE, um dos fundadores da filosofia pragmática, compreendia a verdade de maneira diferente da exposta por WILLIAM JAMES e seus adeptos. Desde a segunda metade do século XIX, PIERCE já entendia a verdade científica como “consenso”, como demonstra o seguinte tópico do clássico ensaio *How to make our ideas clear*.

---

<sup>243</sup> REALE, M. Filosofia do direito, p. 169.

<sup>244</sup> JAMES, W. Pragmatismo, p. 145.

Por outro lado, todos os partidários da ciência são animados pela alegre esperança de que os processos de investigação, desde que levados suficientemente longe, darão uma determinada solução a cada questão que se lhes coloque. Uma pessoa pode investigar a velocidade da luz estudando as passagens de Vênus e a aberração das estrelas; outra pode fazê-lo pelas oposições de Marte e os eclipses dos satélites de Júpiter; uma terceira pelo método de Fizeau; uma quarta pelo de Foucault; uma quinta pelos movimentos das curvas de Lissajoux; uma sexta, uma sétima, uma oitava, e uma nona, podem empregar diferentes métodos de comparação das medidas da electricidade estática e da dinâmica. Podem ao início obter resultados diferentes, mas, à medida que cada um aperfeiçoa o método e os processos, verificar-se-á que os resultados se aproximarão cada vez mais em direcção a um determinado centro. E o mesmo se passa com toda a investigação científica. Mentes diferentes podem partir dos pontos de vista mais antagónicos, que o progresso da investigação levá-los-á, por uma força a eles estranha, a uma e mesma conclusão. Esta actividade do pensamento pela qual somos levados, não a onde desejamos, mas a uma meta preordenada, é como a acção do destino. Nenhuma modificação do ponto de vista de onde se partiu, nenhuma selecção de outros factos como objecto de estudo, nem tão pouco uma natural inclinação da mente, podem permitir a um homem fugir à opinião predestinada. Esta grande esperança realiza-se na concepção de verdade e realidade. A opinião de que todos os que investigam estão destinados a chegar por fim a um consenso, é aquilo que significamos com a verdade, e a realidade é o objecto representado nessa opinião. Esta é a minha maneira de explicar a realidade.<sup>245</sup>

Com isso, PIERCE remete a problemática do conhecimento para a interação na comunidade universal de investigadores, cuja opinião constituiria a realidade, sem qualquer referência a “cópia” ou “representação” da realidade,<sup>246</sup> escapando do conjunto relacional sujeito-objeto. Assim, uma pretensão de verdade deve ser defensável por meio de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes, para poder contar com um acordo racional da comunicação e da interpretação em geral.<sup>247</sup>

É a teoria da verdade como “consenso” que tem, na filosofia contemporânea, JÜRGEN HABERMAS como principal expoente. Como bem aponta SÉRGIO CRUZ ARENHART,

A moderna filosofia, sob a batuta de JÜRGEN HABERMAS, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação.

[...]. A verdade é aquilo que o consenso do grupo diz que é, embasado em posições de verossimilhança.

Não importa mais a essência do objeto do conhecimento (que é inatingível). Não preocupa mais a confluência da idéia obtida da coisa com sua verdadeira essência – visão típica do paradigma do ser, já superado. Reformando a idéia de verdade formal, poderíamos dizer que o importante é obter a ver-

<sup>245</sup> PIERCE, C. S. How to make our ideas clear, item 407.

<sup>246</sup> DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia, p. 103.

<sup>247</sup> MATTOS, Patrícia Castro. As visões de Weber e Habermas sobre direito e política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 75.

dade formal, esclarecendo que o formal aqui significa o procedimento utilizado para se atingir o conceito – procedimento este que há de ser o consenso, atingido através do discurso habermasiano.<sup>248</sup>

Mas é preciso deixar claro que PIERCE é frequentemente citado como um dos precursores da obra de HABERMAS.<sup>249</sup> Segundo PATRÍCIA CASTRO MATTOS, “a partir das descobertas dos pressupostos da argumentação científica de Pi-erce, Habermas desenvolve o seu conceito de agir comunicativo, baseando-se numa concepção que pleiteia uma relação interna entre significado e validade”.<sup>250</sup>

RICHARD RORTY, ainda que apresente diferenças de pensamento em relação a HABERMAS, comunga da ideia de associar a verdade com o consenso de uma comunidade, em vez de uma relação com uma realidade não-humana.<sup>251</sup>

Na linha das ideias pragmáticas, para HABERMAS, “o conhecimento cumpre uma função vital, a saber, a satisfação de um interesse, ligado à forma de reprodução da espécie, é um interesse vital e cognitivo.”<sup>252</sup> E, semelhantemente a PIERCE, na teoria habermasiana, incluída no paradigma da linguagem, o sentido da verdade mede-se pela exigência de alcançar um acordo racional.<sup>253</sup>

Não obstante cada teoria amealhe pontos de vista próprios, a verdade pragmática e a verdade consensual são interoperantes e têm andado juntas nos escritos dos principais filósofos contemporâneos.<sup>254</sup>

### 3.4 O PRAGMATISMO JURÍDICO

#### 3.4.1 O realismo é filosofia; o pragmatismo é método

Enquanto o pragmatismo filosófico se desenvolveu de maneira prodigiosa, participando das mais variadas questões políticas, econômicas e sociais do ocidente, o pragmatismo jurídico ainda não atingiu maturidade equivalente. Carece de uma

<sup>248</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Gênesis, n. 03, set./dez. 1996. p. 690.

<sup>249</sup> REESE-SCHÄFER, Walter. Compreender Habermas. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008. p. 26.

<sup>250</sup> MATTOS, P. C. As visões de Weber e Habermas sobre direito e política, p. 75.

<sup>251</sup> WAAL, C. de. Sobre pragmatismo, p. 215.

<sup>252</sup> DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia, p. 106-107.

<sup>253</sup> DUTRA, D. J. V. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia, p. 130.

<sup>254</sup> BORRADORI, Giovanna. A filosofia americana: conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 11-42.



maior e mais robusta elaboração e discussão. Não aparece nos mais comuns manuais de filosofia do direito. No Brasil, é praticamente desconhecido. E do que se sabe por aqui, sabe-se sobretudo dos debates entre RICHARD POSNER e RONALD DWORKIN, o primeiro a favor e o segundo contra.

De uma maneira geral, o pragmatismo jurídico tem sido reduzido a uma teoria da decisão judicial,<sup>255</sup> buscando princípios para uma “adjudicação pragmática.”<sup>256</sup>

Talvez essa redução se dê pela ausência de qualquer pretensão de transformar o pragmatismo jurídico em teoria geral. Não existe uma teoria jurídica pragmática.<sup>257</sup> O pragmatismo jurídico não visa a dar conta do fenômeno jurídico, não quer explicá-lo, muito menos conceituá-lo. Para os pragmatistas, o conceito de direito é irrelevante ou secundário,<sup>258</sup> porquanto não manifesta consequências práticas relevantes para a sua realização.

A pretensão do pragmatismo jurídico – até agora elaborado – é servir de método para orientar a produção do direito, em todos os seus níveis, em especial no âmbito do processo judicial e dos meios de solução de disputas. Um método que produza um direito preocupado com suas repercussões práticas, que não se limite à sua coerência lógico-racional, que seja um antídoto para o formalismo.<sup>259</sup> O pragmatismo jurídico é antiformalista.<sup>260</sup>

Por ser também antirracionalista e empiricista, o pragmatismo jurídico despreza as formulações de direito natural, concebido como a crença, fundada nos mais “gerais pressupostos histórico-filosóficos de caráter racionalista, de que toda a realidade, todo o conteúdo do direito pode ser elaborado, até o último resíduo, por via de mera construção, com ideias de validade universal sobre o direito.”<sup>261</sup> Mas, por outro lado, não se alinha com o positivismo jurídico, que reduz a experiência jurídica ao seu elemento normativo.<sup>262</sup>

Não obstante sua despreensão em inaugurar uma nova teoria jurídica universal, o pragmatismo jurídico alia-se com as correntes do pensamento jurídico críti-

---

<sup>255</sup> DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 32.

<sup>256</sup> POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia, p. 46-66.

<sup>257</sup> EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 109-110.

<sup>258</sup> LLEDÓ, J. A. P. El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos, p. 165-169.

<sup>259</sup> POSNER, Richard Allen. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 421.

<sup>260</sup> GREY, Thomas. C. Judicial review and legal pragmatism. Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Stanford/Califórnia, n. 52, mar. 2002. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=390460>>. Acesso em: 06 mai. 2013. p. 4-6.

<sup>261</sup> LASK, Emil. Filosofia jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1946. p. 34.

<sup>262</sup> EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 110-113; BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 144-146.

co do século XX, as quais, grosso modo, pretendiam superar a redução do fenômeno jurídico aos esquemas normativos.<sup>263</sup>

Por essa razão, o pragmatismo jurídico quase sempre é confundido com o realismo jurídico norte-americano.<sup>264</sup> As obras dos realistas americanos OLIVER WENDELL HOLMES JUNIOR (esse, como visto, participante do *Methaphysical Club*, onde foram forjadas as primeiras ideias pragmáticas), BENJAMIN NATHAN CARDOZO (1870-1938) e ROSCOE POUND (1870-1964) costumam ser apontadas como obras de pragmatismo jurídico.

Para o realismo jurídico norte-americano do início do século XX, o direito era o que os juízes diziam que ele era.<sup>265</sup> O direito “existe apenas em função dos julgamentos judiciais concretos, e não das regras. Ou melhor, as regras e os conceitos jurídicos não são mais do que modelos (*patterns*) de decisões judiciais.”<sup>266</sup> Nas palavras de OLIVER WENDELL HOLMES JUNIOR, “as profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com direito.”<sup>267</sup>

Com essa concepção, e apoiando-se na indeterminação das regras jurídicas (a “textura aberta” posteriormente desenvolvida pelo positivismo jurídico de H. L. A. HART<sup>268</sup>), o direito realista é antiformalista e anticonceitualista, “não vive nas palavras do legislador, nem nas coletâneas da jurisprudência, mas nas ações concretas dos tribunais e no comportamento dos juízes que fazem o direito.”<sup>269</sup> Para o francês LEÓN DUGUIT, a doutrina realista tem a pretensão de eliminar do domínio jurídico todo conceito, elaborando um sistema sobre a constatação dos fatos, sobre a com-

---

<sup>263</sup> Segundo Antonio Carlos Wolkmer, “A crise dos modelos normativos tecno-formais estabelece condições para o surgimento de orientações teóricas que questionam e superam o reducionismo normativista. Toda essa revisão crítica do Direito dominante, marcada pela crise de legitimidade e pela crise de produção e aplicação da justiça, vem produzindo, ainda que de forma heterogênea e não sistemática, um amplo movimento transcontinental de ‘crítica jurídica’. Este movimento não se reduz a uma única e particular ‘teoria crítica’ do Direito, mas compreende múltiplas ‘tendências’, ‘correntes’ e/ou ‘formulações’ críticas, que não só nascem de matizes ideológicas e científicas distintas, mas também refletem as condições sociopolíticas que predominam em seus países de origem.” (WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991. p. 57).

<sup>264</sup> POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia, p. 65-66; EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 108; LLEDÓ, J. A. P. El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos, p. 151-187.

<sup>265</sup> MENAND, L. The Metaphysical Club: a story of ideas in America, p. 347.

<sup>266</sup> BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Barueri/SP: Manole, 2005. p. 253-254.

<sup>267</sup> HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 427.

<sup>268</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 140-141.

<sup>269</sup> BILLIER, J.-C., MARYIOLI, A. História da filosofia do direito, p. 256.

provação dos fatos sociais.<sup>270</sup> OLIVER WENDELL HOLMES JUNIOR, enfaticamente, afirmava que é uma falácia

[...] a noção de que a única força em funcionamento no desenvolvimento de uma lei é a lógica. No sentido mais amplo, de fato, essa idéia seria verdadeira. [...] O perigo de que falo não é a admissão de que os princípios que governam outros fenômenos, também governam o direito, mas a noção de que um sistema dado, o nosso, por exemplo, pode ser elaborado, como a matemática, a partir de alguns axiomas gerais de conduta.<sup>271</sup>

O realismo norte-americano procura, portanto, evidenciar que a decisão judicial não é produto unicamente de escolhas lógicas, derivadas de um dado sistema jurídico-formal.<sup>272</sup> Na produção do direito interferem diversas outras variáveis, inclusive as de índole pessoal do magistrado.<sup>273</sup>

Toda essa postura antiformalista que caracterizou o realismo jurídico, meritória por demonstrar que a produção do direito vai muito além da lógica jurídica e dos conceitos, ficou devendo uma metodologia capaz de orientar a conduta dos juizes. Como salienta RICHARD POSNER, “os realistas sabiam o que fazer (pensar coisas e não palavras, sondar as consequências reais das doutrinas jurídicas e buscar o equilíbrio entre visões diferentes do interesse público), mas não como fazer.”<sup>274</sup> Mas, POSNER não atribui culpa aos realistas pela falta de método. Ainda segundo ele, “as ferramentas da economia, da estatística e de outras ciências pertinentes encontravam-se insuficientemente desenvolvidas para possibilitar a elaboração de uma abordagem do direito voltada para a engenharia social.”<sup>275</sup>

O pragmatismo jurídico compartilha da visão realista do direito, muito embora não reduza o direito à sua dimensão fática.<sup>276</sup> Mas sua função não é definir o que o direito é ou como os homens têm encarado o direito com o passar do tempo. O pragmatismo jurídico estabelece um método pelo qual o direito pode ser produzido. Diz como fazer. Limpa o discurso jurídico do abstracionismo inconsequente. E hoje, mais do que nunca, conta com instrumentos interdisciplinares adequados para essas tarefas, como os fornecidos pelos estudos do *Law and Economics*.

<sup>270</sup> DUGUIT, L. El pragmatismo jurídico, p. 99.

<sup>271</sup> HOLMES JUNIOR, O. W. O caminho do direito, p. 430.

<sup>272</sup> LLEDÓ, J. A. P. El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos, p. 169-170.

<sup>273</sup> TROPER, Michel. A filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 53-54.

<sup>274</sup> POSNER, R. A. Para além do direito, p. 415.

<sup>275</sup> POSNER, R. A. Para além do direito, p. 416.

<sup>276</sup> POUND, Roscoe. Law and morals. Chapel Hill/NC: The University of North Carolina Press, 1926. p. 23 e ss.

O realismo jurídico é filosofia sobre o direito, o pragmatismo jurídico é método para o direito. Método para o agir do direito. Ou, nas palavras do espanhol QUINTILIANO SALDAÑA, “la crítica pragmática determina, no el coeficiente efectivo de realidad, sino el coeficiente eficaz de realización.”<sup>277</sup>

### 3.4.2 Características gerais do pragmatismo jurídico

Não existe uma caracterização homogênea ou sistematizada do pragmatismo jurídico.

Assim sendo, para fornecer um panorama das suas características gerais, inicialmente serão apresentadas algumas ideias particulares sobre o tema; em seguida, serão catalogadas as principais características do movimento (antifundacionismo, consequencialismo, contextualismo e referencial comum para decidir); e, para finalizar, serão feitas algumas abordagens específicas – as relações do pragmatismo jurídico com o *Law and Economics* e a sua participação na convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law* –, importantes para os objetivos desta tese.

#### 3.4.2.1 A tripla exigência pragmática de LEÓN DUGUIT

LEÓN DUGUIT (1859-1928), conhecido jurista francês, representante do sociologismo jurídico e do naturalismo social, produziu sua filosofia do direito com base nas ideias durkheimianas de solidariedade social e de divisão geral do trabalho. Em razão disso, visava a estirpar do direito o formalismo abstrato e os conceitos metafísicos e a aproximar a dogmática dos fatos, propondo a adoção do método experimental das ciências naturais.

O Direito, para DUGUIT, “teria como elemento nuclear a validade social, a eficácia ou ‘efetividade’”, e o Estado, ou o Governo, “seria apenas uma ordenação de ‘serviços’ para apreender a vontade popular, traduzindo-a em regras destinadas à defesa da comunidade.”<sup>278</sup>

Essas características empiricistas e antimetafísicas do seu pensamento, conduzindo a que a interpretação e a valoração do Direito se fizesse “segundo o su-

---

<sup>277</sup> “a crítica pragmática determina, não o coeficiente efetivo de realidade, senão o coeficiente eficaz de realização.” (SALDAÑA, Quintiliano. Estudio preliminar: el pragmatismo juridico de M. Duguit (prefácio). In: DUGUIT, León. *El pragmatismo juridico*. Madrid: Francisco Beltrán, 1924. p. 21, tradução nossa).

<sup>278</sup> REALE, M. *Filosofia do direito*. p. 449.

cesso que a regra logra obter no seio da coletividade”,<sup>279</sup> levaram naturalmente LEÓN DUGUIT a se aproximar do pragmatismo.

DUGUIT foi um dos primeiros pensadores a esboçar uma sistematização do pragmatismo jurídico, na década de 20 do século passado, de acordo com os propósitos da sua própria filosofia do direito. No seu sistema, o pragmatismo serve como um método de “controle de realidade” das doutrinas e teorias jurídicas e políticas, na medida em que “la realidad existirá, y los conceptos serán verdaderos para el pragmatismo sólo si tienen una eficacia en sus consecuencias – pues el valor de las ideas depende de su eficacia moral y social.”<sup>280</sup> O pragmatismo, para DUGUIT, permite aferir se os conceitos jurídicos detêm eficácia social ou efetividade, sem os quais não ostentariam qualquer valor. Se por detrás de um conceito não existe eficácia social, não existe verdade nesse conceito.<sup>281</sup>

Assim, para ter valor pragmático, qualquer teoria jurídica deveria atender ao que DUGUIT chamou de “tripla exigência pragmática”.

Segundo ele,

Para que un sistema de derecho sea socialmente eficaz, para que tenga un valor pragmático, es preciso que permita realizar tres objetivos:

1.º Que con la ayuda de sus sistemas de derecho puedan establecerse los fundamentos sólidos de las limitaciones jurídicas, que deben oponerse al poder del Estado.

2.º Que permita proteger eficazmente todas las situaciones privadas legítimas dignas de ser protegidas, es decir, que correspondan a una necesidad social y a un sentimiento de justicia. Puede haber divergencias entre lo que es un fin y una necesidad social, pero todas las situaciones que respondan a esa necesidad y a ese sentimiento deben ser protegidas por un derecho.

3.º Este sistema jurídico debe tener tal naturaleza, que facilite y sancione las relaciones jurídicas entre los individuos. Que sea – según Hauriou – sanción del comercio jurídico.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> REALE, M. Filosofia do direito. p. 450.

<sup>280</sup> “a realidade existirá, e os conceitos serão verdadeiros para o pragmatismo somente se têm uma eficácia em suas consequências – pois o valor das ideias depende de sua eficácia moral e social.” (DUGUIT, L. El pragmatismo jurídico, p. 73-74, tradução nossa).

<sup>281</sup> DUGUIT, L. El pragmatismo jurídico, p. 85.

<sup>282</sup> “Para que um sistema de direito seja socialmente eficaz, para que tenha um valor pragmático, é preciso que permita realizar três objetivos: 1º. Que com a ajuda de seus sistemas de direito possam estabelecer os fundamentos sólidos das limitações jurídicas, que devem opor-se ao poder do Estado. 2º. Que permita proteger eficazmente todas as situações privadas legítimas dignas de serem protegidas, isto é, que correspondam a uma necessidade social e a um sentimento de justiça. Pode haver divergências entre o que é um fim e uma necessidade social, porém todas as situações que respondam a essa necessidade e a esse sentimento devem ser protegidas por um direito. 3º. Este sistema jurídico deve ter tal natureza, que facilite e sancione as relações jurídicas entre os indivíduos. Que seja – segundo Hauriou – sanção do comércio jurídico.” (DUGUIT, L. El pragmatismo jurídico, p. 77, tradução nossa).

A primeira exigência diz respeito à fixação de fundamentos para a limitação do poder do Estado, considerada por DUGUIT o grande desafio do Direito Público; a segunda expõe a necessidade de conferir proteção jurídica a todas as “situações privadas legítimas”, ainda que não correspondam aos conceitos de sujeito de direito ou de direito subjetivo, desde que haja um sentimento de justiça ou necessidade social; e a terceira visa a assegurar, sancionar e facilitar o comércio, independentemente do conceito de contrato.

O projeto específico de DUGUIT era barrar o individualismo contido na legislação francesa, com a implantação de uma concepção funcionalista do direito, de corte durkheimiano.<sup>283</sup> O pragmatismo jurídico de hoje não pretende apenas limitar o poder do Estado, mas se preocupa, também e intensamente, com sua atuação positiva, comprometida com a realização dos direitos fundamentais, com destaque aos prestacionais. E não pode concentrar o direito em situações particulares do direito privado, como o direito de propriedade ou os contratos, os quais não dão conta de todo o fenômeno jurídico, especialmente após o neoconstitucionalismo. A proposta de DUGUIT não mais satisfaz as aspirações contemporâneas, muito embora indique características importantes do pragmatismo no direito, como o antiformalismo e o anticonceitualismo.

#### 3.4.2.2 Os princípios de adjudicação pragmática de RICHARD POSNER

Mais recentemente, RICHARD POSNER procurou estabelecer alguns princípios de “adjudicação pragmática”, assim elencados:

1. O pragmatismo legal não é só um termo na moda para a adjudicação *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas do caso.
2. Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o juiz pragmático dá peso controlador a consequências sistêmicas, como o formalismo legal faz, isto é, apenas raramente o formalismo legal será uma estratégia pragmática. E às vezes circunstâncias específicas ao caso dominarão completamente o processo decisório.
3. O critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade.
4. Assim sendo, apesar da ênfase nas consequências, o pragmatismo legal não é uma forma de consequencialismo, o conjunto de doutrinas filosóficas (mais proeminentemente o utilitarismo) que avalia ações pelo valor de suas consequências: a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Estão destinadas a serem bolsões formalistas num sistema de adjudicação pragmático, principalmente decisão por normas e não por padrões.

---

<sup>283</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 483.

Além disso, por razões tanto práticas quanto jurisdicionais, não se exige e nem mesmo se permite que o juiz leve em conta 'todas' as possíveis consequências de suas decisões.

5. O pragmatismo legal é objetivo em relação à aceitação de decisões passadas como uma necessidade (qualificada) em vez de um dever ético.

6. O pragmatista legal acredita que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal do outro raciocínio prático.

7. O pragmatismo legal é empiricista.

8. Portanto, não é hostil a toda teoria. De fato, é mais hospitaleiro a algumas formas de teoria do que é o formalismo legal, a saber, teorias que guiam a investigação empírica. O pragmatismo legal é hostil à idéia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial.

9. O juiz pragmático tende a privilegiar bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal.

10. O pragmatismo legal não é um suplemento ao formalismo e é, pois, distinto, do positivismo de H. L. A. Hart.

11. O pragmatismo legal é simpático à concepção sofista e aristotélica da retórica como modo de raciocínio.

12. É diferente tanto do realismo legal quanto dos estudos jurídicos críticos.<sup>284</sup>

Convém destacar alguns pontos.

Inicialmente, talvez nem precisasse ser dito, mas quando se fala que o “critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade” (princípio 3), não se está aderindo ao racionalismo, o que seria contraditório com o princípio 7, o qual declara o caráter empiricista do “pragmatismo legal”. A racionalidade, como critério pragmático, diz respeito à constatação de que as pessoas, em média, fazem escolhas racionais, guiadas por preferências, utilidades e expectativas de ganhos.<sup>285</sup> Nesse aspecto, é comum o pragmatismo jurídico utilizar das ferramentas na análise econômica do direito, como será exposto adiante.

Quanto ao princípio 4, o qual nega que o pragmatismo jurídico seja uma forma de consequencialismo, sua intenção é afastar o pragmatismo do utilitarismo, como antes foi feito neste trabalho. Melhor seria ter dito que o pragmatismo não é utilitarista, pois não parece possível desligar o pragmatismo da sua característica consequencialista.

O princípio 5 é importante para deixar claro que os precedentes vinculantes – e a formação de uma cultura de respeito a precedentes – constituem uma estratégia pragmática, e não propriamente um dever ético ou argumento racionalista. Esse ponto será melhor discutido à frente, ao se tratar da convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*.

<sup>284</sup> POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia, p. 47.

<sup>285</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 25-27; PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. Análise econômica da litigância. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13-20.

E o princípio 12 vem a reforçar a afirmação, já exposta, no sentido que o pragmatismo jurídico não se confunde com o realismo jurídico (nem com outras teorias jurídicas críticas).

Os princípios de adjudicação pragmática de POSNER, pelo que se percebe, buscam mais delimitar como se apresenta o pragmatismo jurídico, do que dizer como o pragmatismo jurídico funciona, ou deve funcionar, o que lhe rendeu a crítica contumaz de RONALD DWORKIN.<sup>286</sup>

A elaboração de um método pragmático para o direito deverá observar esses princípios ou características, sem necessariamente se restringir à decisão judicial. Haverá de ser pensado de modo a conduzir o direito em todas as esferas de sua produção, inclusive na legislativa e na doutrinária.

#### 3.4.2.3 Antifundacionismo, consequencialismo e contextualismo

No Brasil, JOSÉ EISENBERG resume o método do pragmatismo jurídico pelas seguintes diretrizes:

[...] (a) desconfiança de instrumentos metafísicos de justificação ética; (b) a insistência de que a validade de proposições seja testada pelas suas consequências; (c) a insistência de que projetos éticos, políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua conformidade com necessidades humanas e sociais, e não por critérios supostamente objetivos e impessoais.<sup>287</sup>

THAMY POGREBINSCHI, com base nessas diretrizes, aponta que o pragmatismo jurídico se apresenta com três características fundamentais: (a) antifundacionismo; (b) consequencialismo; e (c) contextualismo.<sup>288</sup>

O “antifundacionismo” representa a “desconfiança de instrumentos metafísicos de justificação ética”, sem o que o pragmatismo jurídico não seria pragmatismo. O “consequencialismo” reside na “insistência de que a validade de proposições seja testada pelas suas consequências”, o que representa a síntese da concepção pragmática da verdade. E o “contextualismo”, como expressão que conjuga o empirismo

---

<sup>286</sup> Segundo Dworkin, “Ao longo da minha discussão das teorias de Posner, afirmo que sua forma de pragmatismo não dá em nada, é vazia, pois embora ele insista em que os juízes devem decidir seus casos de modo a produzirem as melhores consequências, não especifica de que modo esses juízes devem decidir quais são essas melhores consequências.” (DWORKIN, R. A justiça de toga, p. 36).

<sup>287</sup> EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política, p. 48.

<sup>288</sup> POGREBINSCHI, T. Será o neopragmatismo pragmatista?, p. 134-135. No mesmo sentido: EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 109.



e o antirracionalismo, está na “insistência de que projetos éticos, políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua conformidade com necessidades humanas e sociais, e não por critérios supostamente objetivos e impessoais.”

Seja qual for a linha que se siga, é importante perceber que o pragmatismo jurídico não nega a função das elaborações teóricas e dos conceitos jurídicos (conforme princípio 8 de POSNER), mas os seleciona de acordo com suas relevâncias práticas (conforme o “consequencialismo” de EISENBERG e POGREBINSCHI). Nesse sentido, JOHN DEWEY afirmava que “só podemos julgar o que a lei ‘é’, na verdade, dizendo como ela opera e quais são seus efeitos nas e sobre as atividades humanas que estão em andamento”<sup>289</sup> e que o direito, sem aplicação, não passa de “pedaços de papel ou vozes no ar, mas nada que possa ser chamado de lei [direito]”.<sup>290</sup>

O pragmatismo jurídico oferece uma nova alternativa para a construção do direito, livre das amarras formalistas do positivismo jurídico.<sup>291</sup> A concepção pragmática da verdade é aplicável ao direito. Nisso reside seu consequencialismo. Na avaliação de duas proposições jurídicas, a verdade não será definida apenas pela correspondência da proposição ao conceito, ao sistema jurídico ou à vontade concreta da lei. Verdadeira será a proposição jurídica que produza o melhor resultado prático em termos de uma determinada referência comum (a proteção do bem jurídico ou do direito fundamental, os escopos da jurisdição, a moralidade administrativa ou as aspirações do Estado Democrático de Direito etc.). Como salienta ELTON VENTURI, o método pragmático pretende “viabilizar soluções efetivamente úteis, e não formulações racionais formais que tenham fim em si mesmas.”<sup>292</sup>

Uma das funções do método pragmático aplicável ao direito é justamente estabelecer um critério não-formalista para julgamento de proposições jurídicas com igual pretensão de verdade. Como já foi explanado, a verdade pragmática acha-se localizada no futuro, pois as consequências serão verificadas pela experiência que

---

<sup>289</sup> DEWEY, John. Minha filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 517.

<sup>290</sup> DEWEY, J. Minha filosofia do direito, p. 517.

<sup>291</sup> Segundo Richard Posner, isso não quer dizer que devamos “ter medo do pragmatismo ou confundi-lo com cinismo ou com desdém pela legalidade ou pela democracia. Seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de em conceitualismos, generalidades, crenças e slogans.” (POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia, p. 2).

<sup>292</sup> VENTURI, Elton. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 161.

confirma ou rejeita a proposição. Mas, é preciso antecipar os resultados que deverão ser alcançados na experiência futura para fornecer a verdade provisória. O pragmatismo jurídico é, por isso, empiricista (conforme princípio 8 de POSNER). Usa a experiência como expediente de verificação da verdade. E, por essa razão, o pragmatismo jurídico “está mais aberto a invasões ao direito vindas de outros domínios do saber do que um pensador legal mais convencional estaria.”<sup>293</sup> O pragmatismo precisa da pesquisa empírica, alimentada pelo método das ciências sociais e econômicas, para subsidiar o seu processo de verificação da verdade.<sup>294</sup> Essa abertura para outros domínios do saber é fundamental em todas as etapas desse processo, seja para antecipar resultados, seja para confirmá-los, fechando o ciclo pelo qual a verdade é construída no pragmatismo.

#### 3.4.2.4 O pragmatismo jurídico é método para decidir de acordo com um referencial comum

O método pragmático impede que o juiz feche os olhos para as consequências das suas decisões, pois não pode se justificar apenas através de esquemas lógico-normativos, independentemente dos impactos que produz no mundo. O pragmatismo torna o juiz politicamente responsável por seus atos. Com isso, recoloca o Judiciário como poder político<sup>295</sup> e destaca a sua responsabilidade pelo produto social de suas decisões, exigindo um repensar sobre a função judicial.<sup>296</sup>

O pragmatismo importa-se com o resultado prático das escolhas judiciais e exige que elas sejam pautadas pelo compromisso com um referencial comum.

O “referencial comum” é a finalidade do direito. É a meta que se quer atingir em determinado caso ou através de determinada instituição. O referencial comum equivale ao “sentido pragmático da interpretação” de ELTON VENTURI, que “revela o compromisso do seu operador com a possível e plena realização das finalidades da lei no mundo exterior.”<sup>297</sup>

---

<sup>293</sup> POSNER, R. A. *Direito, pragmatismo e democracia*, p. 60.

<sup>294</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à justiça*, p. 7-8.

<sup>295</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 190, dez. 2010. p. 45.

<sup>296</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil*: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: CJF, 1995. p. 24-25.

<sup>297</sup> VENTURI, E. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 158.

Ainda que a fixação de critérios de racionalidade para uma decisão judicial, especialmente para os *hard cases*, esteja longe do fim,<sup>298</sup> tal tarefa não é de todo impossível.

No âmbito processual, por exemplo, todas as proposições sobre *astreintes* (a multa coercitiva do art. 461, §4º, CPC) devem ser avaliadas, praticamente, a partir do seu objetivo fundamental: a coerção. A coerção é o referencial comum quando se trata de avaliar pragmaticamente as *astreintes*.<sup>299</sup> A escolha pragmática será aquela que melhor traduzir, no plano da efetividade, a coerção através da multa.

No direito da criança e do adolescente, como outro exemplo, tem-se claro que o referencial comum é a proteção integral da população infanto-juvenil (art. 1º da Lei 8.069/1990 e art. 227 da Constituição). Qualquer decisão, administrativa, legislativa ou judicial, deve ser pautada por esse referencial.<sup>300</sup>

No âmbito do direito constitucional, o pragmatismo jurídico se torna ainda mais importante. No caso brasileiro, em que o texto da Constituição é repleto de cláusulas gerais e princípios, com promessas explícitas de dignidade da pessoa humana e de justiça social, o pragmatismo neles se baseia para extrair o seu referencial comum: das proposições jurídicas em conflito, será verdadeira, e deverá prevalecer, aquela que melhor realize esses princípios e promessas.<sup>301</sup>

Convém insistir que o método jurídico pragmático parte de referenciais comuns, previamente fixados pela teoria constitucional e por outros setores do saber

---

<sup>298</sup> NOJIRI, Sérgio. A interpretação judicial do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

<sup>299</sup> Segundo Sérgio Cruz Arenhart, “[...] esse objetivo que deve presidir toda a filosofia da multa coercitiva. Deve ela ser pensada de modo a realmente gerar a ameaça de mal que representa, e de forma que esse mal efetivamente represente para o ordenado o prejuízo relevante - a ponto de induzi-lo a observar a ordem judicial. Essa multa só terá utilidade no sistema nacional se puder ela ser entendida como o meio de pressão psicológica que é; sem esse poder, totalmente inútil se torna o mecanismo, ficando sem sentido sua previsão no ordenamento pátrio. Somente, pois, com a interpretação dessa figura sob a égide desse norte é que adquire ela sua função e realiza seu papel, sendo, pois, esse objetivo que deve reger toda opção hermenêutica feita a respeito da medida.” (ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 353).

<sup>300</sup> Assim, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça: “O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.” (STJ, 1ª Turma, REsp 577.836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21/10/2004, DJ 28/02/2005).

<sup>301</sup> Assim, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.” (STF, Pleno, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012, DJe 30/04/2013). Para outros casos na jurisprudência do STF, *Vide infra*, 3.4.5.2 Violação ao princípio democrático.

jurídico e metajurídico,<sup>302</sup> pelos quais serão medidas as consequências práticas de cada decisão. Esse é um cuidado indispensável em qualquer elaboração metodológica que se utilize do pragmatismo. Mas, ao contrário do utilitarismo, que se baseia na ideia de um fim único, fixo e supremo (a maior agregação possível de prazeres), o pragmatismo aposta em finalidades múltiplas, aferidas a partir do contexto de cada setor do direito. Não compete ao pragmatismo elaborar objetivos, senão fornecer meios para atingir objetivos. É preciso saber o que se quer, para qual direção se caminha, sob pena de se inviabilizar completamente os expedientes pragmáticos. Tal qual o *Law and Economics*, o pragmatismo “auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado a um valor (vetor normativo) previamente definido.”<sup>303</sup> Ou, conforme a clássica afirmação de BENJAMIN NATHAN CARDOZO, “[...] not the origin, but the goal, is the main thing. There can be no wisdom in the choice of a path unless we know where it will lead. The teleological conception of his function must be ever in the judge's mind.”<sup>304</sup>

### 3.4.3 O *Law and Economics* como instrumento do pragmatismo jurídico

Se o pragmatismo jurídico antagoniza com as variadas manifestações do racionalismo jurídico, propondo um direito menos dogmático, formalista e abstrato, e mais contextualizado e consequencialista, a sua estratégia deve partir da desconstrução da metodologia jurídica forjada exclusivamente pelo pensamento.

Em outras palavras, o método jurídico pragmático, para romper com o racionalismo, necessita introduzir métodos e técnicas que aproximem o jurista da experiência. O jurista pragmático desenvolve seu trabalho não somente a partir de fontes bibliográficas, mas também a partir de dados da realidade fornecidos pela pesquisa empírica. Somente assim ele consegue avaliar as consequências práticas das suas propostas ou formular propostas a partir de dados concretos. Com isso, a produção do saber jurídico deixa de ser um produto exclusivo do pensamento, para receber a “contaminação saudável” dos saberes de outras áreas do conhecimento, contribuindo para uma compreensão mais holística do fenômeno jurídico. A pesquisa

---

<sup>302</sup> NOJIRI, S. *A interpretação judicial do direito*, p. 186.

<sup>303</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 17-18.

<sup>304</sup> “[...] não a origem, mas a meta, é a principal coisa. Não pode haver sabedoria na escolha de um caminho a menos que saibamos para onde ele vai conduzir. A concepção teleológica de sua função deve estar sempre na mente do juiz.” (CARDOZO, Benjamin Nathan. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press; London: Humphrey Milford/Oxford University Press, 1921, p. 102-103, tradução nossa).

empírica aparece como uma “convidada inesperada” (*the unexpected guest*) no âmbito da pesquisa jurídica em geral, como refere THOMAS ULEN.<sup>305</sup>

Para implementar essa estratégia, o pragmatismo jurídico recorre à metodologia científica das ciências sociais e econômicas, servindo-se das ferramentas teórico-práticas dessas ciências para avaliar as consequências práticas de cada proposta ou solução oferecida.

Uma dessas metodologias, que serve de apoio às construções pragmáticas, é a análise econômica do direito (AED) ou, talvez mais conhecida no inglês, *Law and Economics*.

A AED não é uma doutrina sobre como o direito deve ser ou como deve funcionar, mas, sim, “um método de pesquisa sobre o comportamento humano, um conjunto de instrumentos analíticos,”<sup>306</sup> os quais ajudam o pesquisador a compreender, a explicar e a prever as implicações fáticas do direito, bem como a lógica do funcionamento das instituições jurídicas.<sup>307</sup>

Particularmente, a AED fornece o enfoque econômico do fenômeno jurídico, ao “considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelece custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos.”<sup>308</sup> Os juízes,<sup>309</sup> as partes e os seus advogados são observados como agentes econômicos racionais e, como tais, pessoas que se comportam à medida em que sua análise probabilística de custo-benefício indicar ganho.<sup>310</sup> É claro que essa racionalidade é limitada.<sup>311</sup> No entanto, essa análise contribui para desvelar que todos os direitos, negativos ou prestacionais, importam em custos.<sup>312</sup> Num ambiente de recursos finitos, é preciso desmistificar a imagem romântica de que as pessoas e seus advogados propõem ações judiciais apenas buscando Justiça e que

---

<sup>305</sup> ULEN, Thomas. S. The unexpected guest: law and economics, law and other cognate disciplines, and the future of legal scholarship. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, Kent, n. 79, 2004. p. 403-424.

<sup>306</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 13.

<sup>307</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 14.

<sup>308</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 19.

<sup>309</sup> TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, dez. 2009. p. 162-163.

<sup>310</sup> TIMM, L. B.; TRINDADE, M. G. N. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*, p. 155.

<sup>311</sup> GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

<sup>312</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012. p. 43-51.

os juízes decidem sempre por esse mesmo motivo.<sup>313</sup> Da mesma forma, ajuda a perceber que previsão normativa não se confunde com normatividade,<sup>314</sup> ou seja, nem sempre a lei gera o comportamento esperado, dadas, dentre outras causas, às deficiências na sua estrutura de incentivos.<sup>315</sup>

A AED não é algo propriamente novo,<sup>316</sup> nem se apresenta como um corpo homogêneo e unificado de ideias, sendo possível falar, historicamente, em ondas,<sup>317</sup> gerações<sup>318</sup> ou versões<sup>319</sup> de análise, cada qual diferenciando os objetivos e métodos da AED.

Mas, costuma-se apontar que a AED se apresenta em duas dimensões: uma “positiva”, que investiga os fatos por trás das normas, apontando os impactos delas no comportamento dos indivíduos, e uma “normativa”, que valora as normas, apontando-lhe as vantagens em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social.<sup>320</sup> A tarefa da AED normativa pressupõe, todavia, um objetivo ou referencial pré-definido: trata-se de um método para a escolha mais eficiente, visando a atingir um determinado resultado, e não um método para se eleger o resultado que se quer.<sup>321</sup>

Ora, como o pragmatismo jurídico é um método para agir melhor no campo do direito, não é possível concretizar essa intenção metodológica sem conhecer o que, de fato, produz ou condiciona o comportamento das pessoas em relação ao direito. As soluções pragmáticas devem considerar essa estrutura de incentivos e estímulos comportamentais que a AED oferece. A partir do momento em que se estabelece a finalidade a ser perseguida (a eficiência do sistema processual, por exemplo), a AED positiva demonstrará, empiricamente, como o arsenal normativo vigente ajuda ou atrapalha a consecução desse objetivo (como o atual regime de jus-

---

<sup>313</sup> TIMM, L. B.; TRINDADE, M. G. N. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*, p. 159-163.

<sup>314</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 19.

<sup>315</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 21.

<sup>316</sup> BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, abr. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em: 08 jun. 2013. p. 6 e ss.

<sup>317</sup> BATTESINI, E.; BALBINOTTO, G. A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil, p. 8 e ss.

<sup>318</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 17 e ss.

<sup>319</sup> MARTINS, Marcelo Guerra. Direito e economia: uma análise essencial. *Direito Federal. Revista da AJUFE*, Brasília, AJUFE, ano 25, n. 92, 1º sem. 2012. p. 257-261.

<sup>320</sup> GAROUPA, N.; GINSBURG, T. Análise econômica e direito comparado, p. 139-140.

<sup>321</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 18.

tiça gratuita e a ausência de um sistema de precedentes obrigatórios favorece o aumento do número de demandas, por exemplo); por sua vez, a AED normativa oferecerá os melhores caminhos para se atingir esse desiderato (maior rigor na concessão do benefício da justiça gratuita e a implantação de um sistema de precedentes vinculantes).

Com essa sumária caracterização, pode-se dizer que o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito são métodos consequencialistas complementares, que atuam em diferentes patamares: o pragmatismo, no nível filosófico, a AED no nível econômico. Porém, o pragmatismo jurídico não se serve apenas da AED para atingir seus escopos fundamentais, também absorvendo os conhecimentos de outras áreas, como a administração e a sociologia.

Por essas razões é que se reafirma a impossibilidade de se reduzir ou confundir o pragmatismo jurídico com a análise econômica do direito.<sup>322</sup> O pragmatismo jurídico não se utiliza apenas da economia para medir e avaliar as consequências práticas das proposições jurídicas. Seu enfoque é multidisciplinar. Mas – não se deve esconder –, em ramos do direito, como o processual, particularmente pressionados pelas demandas de eficiência e operacionalidade, a análise econômica ganha maior relevo e importância.

#### 3.4.4 O pragmatismo jurídico na convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: o respeito aos precedentes como estratégia pragmática

Dadas as características do pragmatismo jurídico, não é de surpreender que ele tenha florescido num país filiado ao sistema da *common law*.

Isso não apenas pelas fortes ligações entre o pragmatismo jurídico e o realismo jurídico norte-americano, mas, sobretudo, pelo papel desempenhado pelo juiz nessa tradição jurídica.

Enquanto no sistema da *civil law* o juiz foi historicamente dirigido para ser um aplicador autômato da lei (*juge bouche de la loi*)<sup>323</sup> e, portanto, um formalista, no

---

<sup>322</sup> POSNER, R. A. Para além do direito, p. 427.

<sup>323</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 39.

sistema da *common law* o juiz é o criador do direito a partir dos casos concretos (*judge make law*),<sup>324</sup> o que lhe possibilita contextualizar melhor a produção jurídica.

Na Inglaterra, berço do sistema da *common law*, apesar dos esforços da Escola Analítica capitaneada por JEREMY BENTHAM e JOHN AUSTIN, o racionalismo não vingou: não vieram os códigos, nem as sistematizações universalizantes e abstratas. O direito do caso, fragmentário, construído pela atividade judicial diária, prevaleceu, como bem resumem as observações de NORBERTO BOBBIO:

O direito inglês era – e ainda o é – um direito não codificado, cujo desenvolvimento era confiado essencialmente ao trabalho dos juízes; tal direito, portanto, não se fundava em leis gerais, mas em ‘casos’, segundo o sistema de precedente obrigatório. Era, assim, radicalmente assistemático, visto que não apresentava uma linha uniforme de desenvolvimento legislativo, mas antes uma pluralidade de linhas de desenvolvimento judiciário, sendo que cada uma delas se interrompia num certo ponto para ser substituída por uma outra, salvo sempre a possibilidade de que aquela precedentemente abandonada fosse retomada. Essa situação parecia intoleravelmente caótica à mente de um pensador racionalista como Bentham.<sup>325</sup>

Apenas como ilustração, mesmo hoje em dia, ao se visitar qualquer biblioteca das faculdades de direito norte-americanas (direito derivado da tradição anglo-saxônica), parques são os livros sobre doutrina do direito. Ao contrário, as estantes são repletas de grossos volumes de *Case Reporters* (compilação de decisões dos tribunais). Além deles, revistas periódicas podem ser encontradas, muito embora tenham sido criticadas “por serem muito acadêmicas e teóricas e não suficientemente práticas para serem úteis para advogados e juízes.”<sup>326</sup> Tudo isso traduz que o direito é estudado a partir do caso concreto. É o “direito em ação” e não o “direito dos livros”, como refere SÉRGIO NOJIRI.<sup>327</sup>

Quanto ao direito processual, é possível dizer que ele sequer existe nos Estados Unidos como ciência, resumindo-se à mera compreensão dos esquemas procedimentais (*civil procedure*),<sup>328</sup> através de manuais e apostilas. Isso talvez se dê

<sup>324</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 172, jun. 2009, p. 123.

<sup>325</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, p. 94. Cabe o registro, porém, que, bem recentemente (1998), a Inglaterra promulgou seu *Civil Procedural Rules – CPR*, mas com características bem distintas do nosso *Código de Processo Civil – CPC* (cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

<sup>326</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.52.

<sup>327</sup> NOJIRI, S. *A interpretação judicial do direito*, p. 66.

<sup>328</sup> Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, nos sistemas adversariais ou isonômicos, como é o sistema processual norte-americano, “O procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas sim como técnica para coordenar o andamento da causa e os debates em torno do conflito, de modo que acaba se adequando a ele con-



“alla circostanza che la stragrande maggioranza delle controversie regolarmente iniziate davanti ad un giudice non si concludono con una sentenza, ma con una conciliazione o una transazione procurata dagli avvocati delle parti.”<sup>329</sup>

Ao que parece, não se faz necessário desenvolver uma ciência processual quando “la stragrande maggioranza” dos casos são resolvidos por meios alternativos de resolução de disputas. Na Inglaterra, acrescenta-se, a disciplina de direito processual civil sequer é obrigatória para se obter o diploma de Direito,<sup>330</sup> enquanto que nos Estados Unidos é matéria de primeiro ano da *law school*.<sup>331</sup> Mas tudo isso não quer dizer que o juiz, no *common law*, tenha papel reduzido ou seja destituído de poderes no processo.<sup>332</sup>

Em função dessas diferenças fundamentais, o *civil law* é essencialmente dogmático,<sup>333</sup> ao contrário do que se sucede com o *common law*, tornando a infiltração do pragmatismo, no primeiro sistema, uma tarefa sensivelmente mais difícil. Pensar em termos de consequências práticas de uma solução ou decisão, como propõe o pragmatismo, significa redimensionar conceitos, sistemas e regras – e às vezes negá-los –, o que não soa bem para um sistema baseado em dogmas.

No entanto, hoje se reconhece que o juiz do *civil law*, especialmente o juiz brasileiro, não se encontra mais tão limitado como o juiz da era que se seguiu à Revolução Francesa, passando a exercer um poder mais intenso na produção do direito, notadamente na conformação da lei aos ditames constitucionais.<sup>334</sup> O juiz brasileiro pode negar a validade de uma lei aprovada pelo Parlamento, quando ela conflitar com a Constituição, e pode, inclusive, instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental.<sup>335</sup> Com isso, não se pode mais afirmar, nos dias atuais, que

---

forme as partes conduzem o procedimento, e não o contrário.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 163, set. 2008. p. 165).

<sup>329</sup> “[...] pela circunstância de que a grande maioria das controvérsias regularmente iniciadas perante um juiz não são concluídas com uma sentença, mas com uma conciliação ou uma transação procurada pelos advogados das partes.” (CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, jun. 2010, p. 281, tradução nossa).

<sup>330</sup> ANDREWS, N. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, p. 38-39.

<sup>331</sup> CLERMONT, Kevin M. Civil procedure's five big ideas. *Cornell Law Faculty Working Papers*, New York, Cornell Law Faculty, 2011, Paper 88. Disponível em: <[http://scholarship.law.cornell.edu/clscops\\_papers/88](http://scholarship.law.cornell.edu/clscops_papers/88)>. Acesso em: 18 jun. 2013. p. 2-3.

<sup>332</sup> CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 180, fev. 2010. p. 196-197.

<sup>333</sup> WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, p. 124.

<sup>334</sup> MARINONI, L. G. *Precedentes obrigatórios*, p. 40-41.

<sup>335</sup> MARINONI, L. G. *Precedentes obrigatórios*, p. 40.

o juiz brasileiro é um simples aplicador da lei, pois assumiu um papel mais ativo – senão criativo – na realização do direito, dadas às exigências derivadas do constitucionalismo contemporâneo.

Esse fenômeno recrudescer quando se depara com a constante introdução, nos vários setores do ordenamento jurídico nacional, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados,<sup>336</sup> os quais exigem que o juiz, criativamente, complete a norma jurídica, adotando a solução que lhe parecer mais oportuna e adequada ao caso concreto.<sup>337</sup> São “poros” que permitem ao juiz adaptar o direito a mudanças e também às peculiaridades dos casos concretos.<sup>338</sup>

Essas novas características implementadas no sistema da *civil law* acabaram por diminuir-lhe a tendência formalista e dogmática, oxigenando a função judicial, que reassume uma posição de maior destaque na configuração dos poderes estatais e na produção do direito, tornando o processo judicial um espaço contramajoritário de obtenção de direitos fundamentais.<sup>339</sup>

O redimensionamento da função judicial no *civil law*, permitindo ao juiz exercer mais frequentemente uma atividade criativa,<sup>340</sup> é o principal responsável pelo movimento contemporâneo de convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, com a aproximação de muitas das suas instituições.<sup>341</sup>

E a utilização da técnica das cláusulas gerais enlaça ainda mais os dois sistemas, na medida em que reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais e favorece a cultura de precedentes quando atua como elemento de conexão

---

<sup>336</sup> Segundo Luiz Guilherme Marinoni, no campo do direito processual, “Essas regras se fundam na compreensão da ideia de que a lei não pode vincular as técnicas processuais às necessidades de direito processual nem desenhar tantos procedimentos quantas forem as situações substanciais carentes de tutela. Além disso, o legislador não pode antever todas as necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos.” (MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 87).

<sup>337</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 85-86.

<sup>338</sup> WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, p. 138-139.

<sup>339</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 189, nov. 2010. p. 12.

<sup>340</sup> WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, p. 140-144.

<sup>341</sup> GAJARDONI, F. da F. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, p. 163; WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, p. 130-131; NOGUEIRA, André Murilo Parente; STROPPIA, Tatiana. Segurança jurídica e o processo civil brasileiro: uma trilha ao *common law*? Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, Dialética, n. 111, jun. 2012. p. 39-44.

entre casos.<sup>342</sup> Isso sem descuidar, de outro lado, da “orgia legislativa” e da tendência de codificação legal em países do *common law*.<sup>343</sup>

Dessa forma, não se pode mais considerá-los como sistemas isolados ou antagônicos, mas sistemas cujas características cada vez mais se ajustam entre si, formando um grande sistema jurídico ocidental, ou mesmo global.<sup>344</sup> Em função disso, tem parecido mais adequado proceder-se às diferenciações entre modelos e ordenamentos particulares, “muito mais que as tentativas de construir homogeneidades, que parecem artificiais, e por vezes artificiosas.”<sup>345</sup>

Essa convergência fornece um ambiente propício para a propagação do pragmatismo jurídico, na medida em que a refração formalista do *civil law* tende a diminuir, permitindo uma produção jurídica mais aberta e focada nos resultados esperados pela atividade jurídica e jurisdicional. Se os juízes do *civil law* não mais são considerados como “bocas da lei”, mas sim copartícipes da construção jurídica, em muitos casos liderando a criação de novos direitos, é evidente que a utilização do método pragmático, preocupado mais com as consequências das decisões a serem tomadas do que com os dogmas inerentes ao sistema jurídico, encontra meio fertilizado para crescer. Quanto maior forem os estímulos e as técnicas antiformalistas e antidogmáticos na produção do direito, maiores serão as chances de generalização do método pragmático.

A convergência entre os sistemas da *common law* e da *civil law* favorece o pragmatismo jurídico e possibilita que ele, mais amplamente, utilize das experiências de sucesso do direito estrangeiro para inspirar soluções para o direito brasileiro.<sup>346</sup>

No campo do direito processual civil, não é possível fechar os olhos às novas tecnologias processuais criadas pelo direito comunitário europeu, integrando, juridicamente e sem alarde, países afetos aos dois regimes,<sup>347</sup> dentro do qual sobressaem o inglês, o francês e o português; nem deixar de aprender com o direito

---

<sup>342</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 187, set. 2010. p. 75.

<sup>343</sup> THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*, p. 40.

<sup>344</sup> TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, mar. 2010. p. 170; GAJARDONI, F. da F. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, p. 167.

<sup>345</sup> TARUFFO, M. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade, p. 169.

<sup>346</sup> GAJARDONI, F. da F. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, p. 162.

<sup>347</sup> GAJARDONI, F. da F. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, p. 167.

norte-americano como estimular acordos e soluções alternativas de conflitos, como meios indispensáveis para reduzir o número de processos, sem diminuir o acesso à justiça.

E, ao contrário do que se possa supor, a importação, para o *civil law*, da cultura de respeito aos precedentes, restringindo a liberdade judicial diante dos casos já decididos, é uma estratégia pragmática.

Isso porque o pragmatismo jurídico, como já foi observado, ao avaliar as consequências práticas de uma proposição ou decisão, o faz considerando um referencial comum, quer dizer, tais consequências são medidas em relação a aquilo que se quer ou se espera do sistema jurídico. Nesse sentido, a igualdade é objetivo comum dos sistemas de *civil law* e de *common law*,<sup>348</sup> traduzida na promessa constitucional de segurança, previsibilidade e estabilidade jurídicas,<sup>349</sup> as quais propiciam uma “pauta de conduta” para os jurisdicionados,<sup>350</sup> de modo que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações.<sup>351</sup>

A experiência já demonstrou que ainda é comum, na prática forense brasileira, alguém receber, de um juiz ou de uma turma de tribunal, decisão distinta da proferida, em caso idêntico, por outro juiz ou turma do mesmo tribunal, ainda que cada qual admita o princípio da igualdade de todos perante a lei.<sup>352</sup>

O enfrentamento desse problema e a conquista da meta da segurança jurídica, indispensável à construção do próprio Estado de Direito, não pode ser realizada sem uma cultura de respeito aos precedentes, pois eles funcionam como método para garantir a previsibilidade e a estabilidade do sistema jurídico.

Se assim está assentado, o pragmatismo jurídico vem para contribuir para a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios,<sup>353</sup> na medida em que descarta os argumentos contrários, sempre que fundados em conceitos e princípios abs-

---

<sup>348</sup> WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, p. 144.

<sup>349</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 120-123.

<sup>350</sup> WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, p. 144.

<sup>351</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 122.

<sup>352</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 101; NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 161, jul. 2008. p. 112-113.

<sup>353</sup> Segundo o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (STJ), ainda que utilizando o termo “pragmático” sem a extensão proposta nesta tese, “o Superior Tribunal de Justiça, na extensão constitucional, dentre outros aspectos, busca harmonizar a jurisprudência. Em sendo assim, impõe-se prestigiá-la quando uniforme, ainda que não enunciada em Súmula. É o sentido pragmático de existência do Tribunal.” (STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 195.466/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 05/11/1998, DJ 15/03/1999).

tratamento considerados, como a natureza do sistema de *civil law*, o princípio da legalidade e mesmo a independência dos juízes.<sup>354</sup> Da mesma forma, na proporção em que se propõe a demonstrar, empiricamente, que a implantação de precedentes obrigatórios, independentemente de previsão legal ou constitucional, representa um aumento na qualidade do sistema de justiça, pela segurança que ele proporciona e pela eficiência que se desdobra pela diminuição de processos decorrentes da vinculação obrigatória e da supressão da controvérsia sobre o tema decidido.<sup>355</sup>

A adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, portanto, não é uma questão conceitual, ligada à natureza do sistema jurídico. Trata-se de uma questão de método: a partir do momento em que se constata, por meio da experiência, que tal mecanismo melhora o sistema de justiça, conferindo-lhe maior segurança e eficiência, sua adoção torna-se uma aplicação metodológica, sujeita a confirmação e a ajustes futuros.

O pragmatismo jurídico aposta suas fichas nos precedentes obrigatórios, como “verdade provisória”, desde logo advertindo que se trata de um projeto de construção permanente, sujeito a revisões constantes, de modo a melhor desempenhar o seu papel. Por essa razão, o mais indicado é que a cultura de precedentes obrigatórios surja no Brasil através da elaboração jurisprudencial, mais flexível e auto-ajustável, do que através de uma imposição legislativa, que não respeita a experiência e engessa as soluções propostas.

### 3.4.5 Argumentos contrários ao pragmatismo no direito

Caracterizado o pragmatismo jurídico, é importante enfrentar as principais críticas contra ele dirigidas, porque as mesmas, de uma forma ou de outra, também poderão ser formuladas contra a elaboração de um método pragmático para o direito processual civil.

#### 3.4.5.1 Violação ao princípio da separação dos poderes

---

<sup>354</sup> Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “o que está por detrás da concepção atual de uniformização não é a segurança jurídica como vedação do poder de o juiz criar o direito, mas a segurança jurídica como proibição de o juiz criar normas diferentes para casos iguais.” (MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 494).

<sup>355</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 189-190.

É natural deduzir que, por suas características consequencialistas e contextualistas, o pragmatismo jurídico se posicione favoravelmente à criação judicial do direito,<sup>356</sup> o que poderia colocá-lo em colisão com o princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes nasceu da percepção empírica sobre o abuso do poder político e da necessidade de repartir o exercício do poder entre pessoas distintas, a fim de impedir que sua concentração comprometesse a liberdade dos cidadãos. Mas, desde a origem, a separação de poderes não foi considerada absoluta, de maneira que, com amplitudes e momentos variados, foram sendo preconizados mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*), como forma de controle mútuo dos poderes, evitando que cada qual transpusesse os seus limites institucionais.<sup>357</sup> O Judiciário, apesar de não possuir, em especial nos sistemas da *civil law*, membros eleitos, não é antidemocrático, eis que corporifica tais mecanismos, protegendo as minorias das maiorias transitórias: não representa vontades políticas, mas o consenso social sobre valores sólidos.<sup>358</sup>

Superado o absolutismo, não há mais razão para acreditar que o Poder Legislativo e a sua emanção concreta – a lei – ainda representem a “expressão ‘pacífica’ de uma sociedade política internamente coerente”, senão que constituem “manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social.”<sup>359</sup> A lei não significa o término dos conflitos, nem se afigura como “um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis”, sendo melhor percebida como um ato personalizado, resultado da atuação de interesses particulares.<sup>360</sup> Com isso, a própria noção de Estado de Direito, traduzida como Estado Legislativo, perde seu sentido, ante a pulverização e a incoerência da lei e de outras fontes do direito.<sup>361</sup>

O princípio da separação dos poderes, que no Estado Legislativo acentuava a função legislativa, em detrimento das demais funções (ou “poderes”), passa a ser redimensionado na transição para o Estado Constitucional, no qual a lei “vem sub-

---

<sup>356</sup> EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 109-110.

<sup>357</sup> Para um resumo histórico do princípio da separação dos poderes, consultar o voto do Min. César Peluso no seguinte julgado: STF, Pleno, ADI 3367-1/DF, Rel. Min. Antonio César Peluso, julgado em 13/4/2005, DJ 17/3/2006.

<sup>358</sup> LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos Poderes: judicialização de direitos? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, jun. 2010. p. 173.

<sup>359</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia, p. 38.

<sup>360</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia, p. 38.

<sup>361</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia, p. 39.

metida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição.”<sup>362</sup>

No Estado Constitucional, o Poder Judiciário adquire papel fundamental na conformação da lei aos princípios constitucionais e à realização dos direitos e garantias fundamentais.<sup>363</sup> Para desempenhar esse papel, os juízes passaram não só a poder negar uma lei em descompasso com a Constituição, como a produzir novas regras necessárias para garantir a proteção de direitos fundamentais.<sup>364</sup> Ainda que em situações excepcionais, o Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.<sup>365</sup> E, como alfineta LUIZ GUILHERME MARINONI, “não há como deixar de denunciar a covardia, ou talvez a timidez, imperante no *civil law*, em admitir que os direitos têm sido livremente criados – e os juízes e tribunais até mesmo têm sido obrigados a criá-los.”<sup>366</sup>

Consequentemente, no Estado Constitucional, deixa de haver “separação” de poderes, para dar lugar a uma “harmonização” de funções do Estado, visando a garantir a plena efetividade aos planos da Constituição.<sup>367</sup>

Por essas razões, não há porque objetar que o pragmatismo jurídico ofenda a separação dos poderes, uma vez que os juízes pragmatistas continuarão a agir como se espera que juízes ajam num Estado Constitucional informado pelo sistema de *checks and balances*. Se no Estado Constitucional hodierno os juízes exercem poder criativo do direito, sem que isso signifique invasão indevida da seara legislativa, nenhuma novidade, nesse ponto, carrega o pragmatismo jurídico.

No mais, o pragmatismo jurídico favorece o melhor desempenho das funções estatais, pois fornece elementos não somente para a atuação jurisdicional, como também para a administrativa e a legislativa. O método jurídico pragmático transcende o processo, para guiar as soluções administrativas e legislativas, permi-

---

<sup>362</sup> ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, p. 34.

<sup>363</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 43-46.

<sup>364</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 60-62; MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 204; ABREU, Pedro Manoel. Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. p. 305-311.

<sup>365</sup> STF, 2ª Turma, RE 563144 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/03/2013, DJ 16/04/2013.

<sup>366</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 204; exemplos dessa afirmação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são inúmeros: a abolição do nepotismo no serviço público, o reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo, a fidelidade partidária etc., como será exposto no tópico seguinte (*infra*, violação ao princípio democrático).

<sup>367</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 46.

tindo a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada.<sup>368</sup>

#### 3.4.5.2 Violação ao princípio democrático

A principal objeção ao pragmatismo jurídico diz respeito à ilegitimidade democrática dos juízes para decidirem pragmaticamente.

Supõe-se que, como os juízes não são eleitos, eles não podem fazer escolhas políticas; se não podem fazer escolhas políticas, carecem de legitimidade para escolher a opção que ofereça as melhores consequências práticas, uma vez que a opção a ser escolhida deve ser a ditada pelo sistema jurídico democraticamente construído.

É importante fixar, inicialmente, a ideia de que a legitimidade de uma resposta, como momento culminante do procedimento decisório, está circunscrita aos argumentos utilizados para sua justificação.<sup>369</sup>

A questão da legitimidade do pragmatismo jurídico liga-se, portanto, à legitimidade dos seus argumentos consequencialistas.

Atualmente, poucos objetam o fato de que os juízes realizam escolhas ao decidir.<sup>370</sup> Como referia HANS KELSEN, deve-se evitar, “com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’.”<sup>371</sup> Essas escolhas, portanto, numa concepção geral, derivam das dificuldades de interpretação das normas, as quais, pela sua “textura aberta” de linguagem,<sup>372</sup> sempre oferecem variadas opções interpretativas.

A escolha – ou propriamente a justificação da escolha – pode obedecer à lógica do sistema de regras e princípios jurídicos, naquilo que aspiram os ideais de segurança jurídica<sup>373</sup> e de legitimação democrática: o juiz escolhe segundo o sistema democraticamente produzido. No entanto, “a argumentação a partir de normas somente pode nos levar até certo ponto; e é inerente à própria natureza do direito

<sup>368</sup> GICO JUNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia, p. 11.

<sup>369</sup> FERRAZ JUNIOR, T. S. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 306-307.

<sup>370</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito, p. 16-17.

<sup>371</sup> KELSEN, H. Teoria pura do direito, p. 472.

<sup>372</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito, p. 140-141.

<sup>373</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 472-473.



que as normas com freqüência fiquem aquém de sua própria virtude essencial, revelando-se vagas para um determinado contexto prático.”<sup>374</sup>

O pragmatismo jurídico – da maneira como é compreendido nesta tese – não refuta que as escolhas sejam calcadas em regras e princípios do sistema jurídico, especialmente nos *easy cases*,<sup>375</sup> como não é contrário ao ideal de segurança jurídica. O que ele faz é acrescentar um elemento a mais na tomada de decisão sobre as escolhas a serem feitas: o exame e a avaliação das consequências práticas das várias deliberações alternativas.<sup>376</sup>

As principais críticas endereçadas ao pragmatismo jurídico se concentram nesse ponto.

BERTRAND RUSSELL, um dos mais proeminentes críticos do pragmatismo, concentrava suas objeções nas dificuldades para se estabelecer consequências práticas de uma crença:

Encontro grandes dificuldades intelectuais nesta doutrina. Presume ela que uma crença é “verdadeira” quando seus efeitos são bons. Para que esta definição seja útil – e se não for, seja condenada pelo teste pragmático, precisamos saber: a) o que é bom; b) quais são os efeitos desta ou daquela crença – e temos que saber estas coisas antes de poder saber que algo é “verdadeiro”, pois é somente depois de decidir se os efeitos de uma crença são bons que temos o direito de chamá-la “verdadeira”.<sup>377</sup>

Na mesma linha se posicionava RONALD DWORKIN, ao afirmar que “qualquer versão mais precisa de pragmatismo deve especificar uma concepção particular de consequencialismo: deve especificar o modo de decidir quais seriam as melhores consequências de uma decisão.”<sup>378</sup>

Esse exame e avaliação das consequências práticas não é arbitrário.

Em primeiro lugar, o pragmatismo jurídico, pela sua característica empiricista, exige que esse exame se dê a partir de dados concretos, preferencialmente colhidos após pesquisa empírica.

Em segundo lugar, a avaliação das consequências práticas examinadas deve levar em conta um referencial comum, consistente no objetivo ou na finalidade a

---

<sup>374</sup> MacCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XV.

<sup>375</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito, p. 16; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de *et al.* (Coord.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 531-534.

<sup>376</sup> MacCORMICK, N. Argumentação jurídica e teoria do direito, p. 165.

<sup>377</sup> RUSSELL, B. História da filosofia ocidental, p. 369-370.

<sup>378</sup> DWORKIN, R. A justiça de toga, p. 32.

ser alcançada pela decisão. O pragmatismo jurídico não oferece, propriamente, um método para traçar tais objetivos ou finalidades. Essa tarefa não diz respeito a um método para a ação. Pode ser missão da teoria constitucional<sup>379</sup> ou de outros setores do conhecimento. Mas se pode dizer que, no Estado Constitucional, “o processo de avaliação de consequências depende muito de seu meticuloso exame à luz daqueles que são considerados os princípios constitucionais fundamentais.”<sup>380</sup>

A Constituição aponta os valores a serem protegidos e os caminhos a serem trilhados. O pragmatismo jurídico não propõe que se abandonem esses valores ou se trilhem caminhos diversos. Nenhum pragmatista sério propõe a substituição dos valores constitucionais pelos valores, tendências políticas ou preferências pessoais do juiz.<sup>381</sup> O método consequencialista do juiz pragmatista respeita os referenciais comuns traçados pela Constituição. O que ele realmente sugere é que, uma vez determinado o valor ou o caminho, não se possa negar tal valor ou escapar de tal caminho, por argumentos dogmáticos ou formalistas que não respeitam o que realmente se verifica na experiência. O pragmatismo jurídico é uma proposta de concretização constitucional. “Concretização na prática”, de acordo com a experiência, e não apenas na linguagem.

Disso resulta a legitimidade democrática do pragmatismo jurídico: é um método para concretizar as promessas contidas na Constituição. Os juízes pragmáticos não decidem segundo suas preferências pessoais, mas segundo os imperativos constitucionais. A diferença é que se preocupam em ver tais imperativos implementados na prática.

Nessa perspectiva, é indisfarçável o pragmatismo jurídico em determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da jurisdição constitucional: o abolição do nepotismo no serviço público brasileiro, mesmo sem lei formal, a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência administrativas (art. 37, *caput*, Constituição);<sup>382</sup> o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, sem lei formal e mesmo diante do dispositivo constitucional expresso que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, §3º, Constituição), para isso e-

---

<sup>379</sup> MacCORMICK, N. Argumentação jurídica e teoria do direito, p. 171.

<sup>380</sup> MacCORMICK, N. Argumentação jurídica e teoria do direito, p. 171.

<sup>381</sup> Como parece sugerir o artigo de Maria Elisabeth de Castro Lopes sobre o ativismo judicial: LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Ativismo judicial e o novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 205, mar. 2012. p. 303.

<sup>382</sup> STF, Pleno, ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 20/08/2008, DJe 18/12/2009.

vocando o princípio da dignidade da pessoa humana;<sup>383</sup> e a imposição da fidelidade partidária aos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional, também sem lei formal nesse sentido, com justificação no princípio democrático.<sup>384</sup>

Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (art. 102), realizou, concretamente, as promessas constitucionais de moralidade e eficiência no serviço público, de não discriminação entre pessoas em função do sexo ou da orientação sexual e de respeito ao postulado democrático. Esses eram os referenciais comuns de cada decisão, os objetivos perseguidos, todos extraídos do texto constitucional. Os argumentos contrários, atinentes, na maioria, à violação dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, ante a ausência de debate legislativo, foram afastados em função do fim almejado (pela Constituição). Preferiu-se a solução que melhor atendesse aos princípios constitucionais, ainda que, para isso, fosse necessário abandonar certos pressupostos conceituais, especialmente os referentes às funções de cada poder na República.

Tais decisões foram pragmáticas, sobretudo, porque resolveram problemas reais: o nepotismo, a discriminação em função da orientação sexual, a privatização do mandato parlamentar. O direito não serviu apenas à coerência sistemática, mas a soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que parece justo e razoável.<sup>385</sup>

Esse pragmatismo jurídico na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal ainda mais aproxima o sistema jurídico brasileiro das características do *common law*, na esteira do que já observou CHAÏM PERELMAN, quando afirmou, pragmaticamente, que

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz ficam acrescidos, e é normal que justifique com uma argumentação apropriada o modo como os usa. É compreensível que o exemplo dos juizes da *Common Law*, que sempre tive-

<sup>383</sup> STF, Pleno, ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011. Com base nessa decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão competente para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juizes (art. 103-B, §4º, Constituição), editou a Resolução 175, de 14/5/2013, proibindo às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pela conjugação da decisão jurisdicional do Supremo Tribunal Federal e da decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça, é possível afirmar que o Brasil, mesmo sem lei nesse sentido, é país que já reconheceu e instituiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>384</sup> STF, Pleno, MS 26603, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04/10/2007, DJe 19/12/2008; STF, Pleno, ADI 3999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12/11/2008, DJe 17/04/2009.

<sup>385</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 238.

ram consciência de seu papel e de sua responsabilidade, seja seguido na medida em que cresce o papel do juiz continental.<sup>386</sup>

Por essas razões, o pragmatismo jurídico detém legitimidade democrática na medida em que realiza, na prática, a Constituição.

Ao menos na seara do direito processual, a presente tese enfrenta esse desafio da crítica, mostrando que, em relação ao processo civil, estão suficientemente claros os objetivos e resultados almejados. Os escopos do direito processual foram definidos pelos estágios metodológicos antecedentes e continuam sendo trabalhados em reflexões contemporâneas. O finalismo desse ramo jurídico foi especialmente trabalhado no seu estágio instrumentalista e reforçado pelo neoprocessualismo. Além disso, o modo de decidir quais são as melhores consequências de uma decisão é a chave do método pragmático, que se serve das ferramentas de outras ciências e fontes do saber, como é o caso do *Law and Economics*.

#### 3.4.5.3 Violação ao princípio da segurança jurídica

O direito à segurança é um direito fundamental explícito, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição brasileira. Inclui não somente a segurança física das pessoas, como igualmente a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional.<sup>387</sup>

Nesse sentido, a concretização da segurança jurídica objetiva fornecer um padrão de conduta perante a ordem jurídica, por meio da previsibilidade das soluções ditadas por essa ordem. Isso é fundamental para a estabilidade das relações jurídicas, para o desenvolvimento econômico e para a confiança dos cidadãos nas instituições.

No entanto, a segurança jurídica não se garante ao manter o juiz preso à lei,<sup>388</sup> dada à inequívoca possibilidade de interpretação, com suas múltiplas possibilidades de escolha, sobretudo nos *hard cases*.<sup>389</sup> Como já foi referido *supra*,<sup>390</sup> a experiência demonstra que, no sistema da *civil law*, ainda é comum alguém receber, de um juiz ou de uma turma de tribunal, decisão distinta da proferida, em caso idêntico,

<sup>386</sup> PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 216.

<sup>387</sup> STF, Pleno, MS 26.603-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04/10/2007, DJe 19/12/2008.

<sup>388</sup> MARINONI, L. G. *Precedentes obrigatórios*, p. 62.

<sup>389</sup> WAMBIER, T. A. A. Cláusulas gerais e liberdade judicial, p. 532-534.

<sup>390</sup> Vide subcapítulo sobre a convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*.

por outro juiz ou turma do mesmo tribunal, lançando por terra as promessas de previsibilidade, estabilidade e confiança decorrentes do princípio da segurança jurídica.

O pragmatismo jurídico defendido neste trabalho, ao contrário de atuar para aprofundar essa crise de segurança jurídica do *civil law*, atua para combatê-la. Reconhece que a segurança jurídica é um escopo do direito e por isso subministra meios para a realização desse escopo, como a introdução de um sistema de precedentes obrigatórios, independentemente de previsão expressa na Constituição ou em lei formal. Os precedentes vinculantes, como mencionado, constituem uma estratégia pragmática para garantir a segurança jurídica, ainda que se possam levantar objeções de caráter dogmático ou conceitual.

Por essas razões é que não se pode compartilhar das ideias de EISENBERG e PROGREBINSKI, particularmente quando defendem que o pragmatismo jurídico “não apresenta nenhum compromisso com a segurança jurídica e a objetividade, propugnando que os conceitos e normas jurídicas sirvam constantemente às necessidades humanas”<sup>391</sup> e que o pragmatismo “reserva um alto grau de imprevisibilidade à prática jurídica, caracterizando-a por extrema flexibilidade.”<sup>392</sup>

Esses autores estão certos quando aduzem que, à lei e a outras fontes do direito, devem somar-se “os recursos extrajurídicos que auxiliarão o intérprete pragmatista a formar uma base empírica e bem-informada sobre qual decisão melhor responderá às necessidades humanas e sociais e se adequará ao seu contexto.”<sup>393</sup>

Nessa afirmação reside o contextualismo pragmatista, exigido, em sua inteireza, quando se está diante de *hard cases*, nos quais a liberdade judicial de criar não só é necessária como exigida.<sup>394</sup>

Mas não há muito sentido em propor essa contextualização em todos os casos, especialmente naqueles em que uma solução de sucesso já foi testada e aprovada (*easy cases*). Nas ações repetitivas, nas quais já se formou jurisprudência estável, não é pragmático admitir que os juízes, a pretexto de “contextualizarem o caso concreto às necessidades humanas”, passem a ignorar os precedentes ajustados ao caso. Se o Supremo Tribunal Federal definiu, há muito, por exemplo, que os juros bancários não comportam a limitação em 12% ao ano, é, no mínimo, contraproducente continuar julgando procedentes pedidos de revisão de contratos bancários pa-

---

<sup>391</sup> EISENBERG, J.; PROGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 112.

<sup>392</sup> EISENBERG, J.; PROGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 112.

<sup>393</sup> EISENBERG, J.; PROGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 112.

<sup>394</sup> WAMBIER, T. A. A. Cláusulas gerais e liberdade judicial, p. 532.

ra limitar juro sob esse fundamento.<sup>395</sup> A insegurança jurídica e as falsas expectativas de ganhos decorrentes dessa insubmissão judicial não favorecem o sistema de justiça e, por conseguinte, decisões como essa não podem ser pragmáticas.

Dizer que o pragmatismo jurídico é contrário à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões seria dizer que ele é contrário às aspirações constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais. Não é isso que o pragmatismo jurídico defendido nesta tese propõe. A segurança jurídica, repita-se, é um direito fundamental explícito, que merece a mesma consideração que os demais direitos fundamentais.

No mais, decidir com base em consequências práticas nada mais é do que decidir melhor e mais eficientemente para a realização das promessas constitucionais, inclusive no que se refere à segurança jurídica.

#### 3.4.5.4 Violação ao princípio do devido processo legal

Também se pode objetar que o pragmatismo jurídico, especialmente no campo processual, vulneraria a cláusula do devido processo legal, a partir do momento que se desgarra dos conceitos e regras do sistema processual, em prol das melhores soluções práticas. Em outras palavras, as pessoas não teriam a garantia de que sua liberdade ou seus bens somente poderiam ser limitados após um processo previamente definido por regras legais.

No Brasil, como cláusula constitucional expressa, o “devido processo legal” apareceu apenas com a Constituição da República de 1988 (art. 5º, inc. LIV). Antes dela, porém, essa cláusula era deduzida de artigos constitucionais correlatos, como os que consagravam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>396</sup>

O devido processo legal, do ponto de vista procedimental, se apresenta como um feixe de princípios, explícitos e implícitos, os quais, todavia, não se comportam de forma isolada, mas se articulam e dividem funcionalidades para atingir o “ideal de protetividade dos direitos fundamentais.”<sup>397</sup> Mas, como seria evidente, dada a sua abertura textual, o conteúdo da cláusula foi sendo lentamente modificado com o passar do tempo para adquirir os contornos e preenchimentos que apresenta atu-

---

<sup>395</sup> É o que vinha ocorrendo até o Supremo Tribunal Federal editar a súmula vinculante 7; cf. STF, Pleno, QO RE 582.650-2/BA, Rel. Min.ª Elen Gracie, julgado em 16/4/2008, DJ 24/10/2008.

<sup>396</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009. p. 113-119.

<sup>397</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 163, set. 2008. p. 55.

almente, não só no Brasil, como na maioria dos países ocidentais.<sup>398</sup> “A generalidade desse texto normativo garantiu a sua longevidade.”<sup>399</sup>

O conteúdo do devido processo legal ampliou-se, não se limitando a ser a “proteção contra a tirania”<sup>400</sup> (a “dimensão negativa” do devido processo legal, como garantia para o cidadão e limite para o Estado), para constituir uma “dimensão positiva”, na qual o “processo legal” somente será o “devido”, quando se apresentar como adequado e eficiente à proteção do direito material.<sup>401</sup>

Em outros termos, o devido processo legal passou a conter, além de uma garantia-limite, um programa de realizações. Não basta, por exemplo, impedir que uma causa seja julgada por um tribunal de exceção (manifestação do devido processo legal em sua dimensão negativa); é necessário, também, que essa causa seja julgada em tempo razoável (manifestação do devido processo legal em sua dimensão positiva). Para coibir tribunais de exceção, bastam as normas; para implementar duração razoável ao processo é preciso administração, e administração competente, que realize esse programa que não nasce com as leis e exige componentes que o direito não costuma fornecer.

Assim, é possível acreditar que o devido processo legal se apresenta como “princípio regulador”, através do qual o intérprete realiza a ponderação de todos princípios que compõem a sua estrutura.

Como princípio regulador, o devido processo legal dá equilíbrio ao sistema de proteção de direitos, pois impede que a excessiva valoração de um princípio em particular possa contrariar o próprio ideal de proteção dos direitos.

Dessa forma, a aplicação de um princípio exigirá a ponderação com os demais princípios componentes, dentro do organismo do devido processo legal.

Isso quer dizer que a violação de um princípio componente, como o contraditório, nem sempre conduzirá à violação do devido processo legal, considerados os outros princípios que devem ser ponderados. Nesse caso, prevalecerá o devido processo legal, dado o seu caráter regulatório, como princípio-mestre do sistema constitucional. Preservado o devido processo legal, não há porque invalidar a solução apresentada para o caso concreto.

---

<sup>398</sup> OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 173, jul. 2009. p. 178-200.

<sup>399</sup> DIDIER JUNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 44.

<sup>400</sup> DIDIER JUNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 44.

<sup>401</sup> DENTI, V. La giustizia civile. p. 71-73; MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Manual do processo de conhecimento, p. 71-75.

O devido processo legal, como tutela processual, é receptáculo para as novas tendências do direito processual. Ao mesmo tempo em que incentiva a adoção de soluções processuais pragmáticas, que ajudem a realizar a sua dimensão positiva, comporta-se como fiscalizador dessas mesmas soluções, ante sua dimensão negativa, impedindo que elas extrapolem os limites do razoável e caracterizem o abuso e o arbítrio.

O pragmatismo jurídico, portanto, não só bem convive com a dimensão negativa do devido processo legal, da qual retira os limites da criatividade judicial, como favorece a implementação prática da sua dimensão positiva, através de sua metodologia consequencialista.

#### 3.4.5.5 Óbice à realização dos direitos fundamentais

Objeta-se que o pragmatismo jurídico, aliado ao *Law Economics*, forja soluções de eficiência global, sem compromisso prioritário com a tutela de direitos fundamentais. Em outras palavras, troca-se direitos por eficiência.

Na verdade, o contrário é que se sucede.

O pragmatismo jurídico, usando as ferramentas da análise econômica do direito, e de outros campos do conhecimento, busca forjar soluções práticas mais eficientes para proteger direitos.

A aderência do pragmatismo jurídico à experiência permite perceber que a realização dos direitos fundamentais, de todas as espécies (prestacionais, protetivos e de participação),<sup>402</sup> depende de uma série de fatores que extrapolam a simples exegese normativa. Particularmente, no direito processual, é possível afirmar, com LUIZ GUILHERME MARINONI, que o “modo de ser” da jurisdição influi sobre o resultado da sua atividade. Assim,

Não basta dizer que a jurisdição implica na conformação da lei à Constituição de acordo com as peculiaridades do caso concreto, se o juiz não pode, por exemplo, utilizar de um meio executivo imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional. Sem essa possibilidade, como é óbvio, o Judiciário não pode responder ao direito fundamental processual do particular ou se desincumbir do seu dever de dar tutela aos direitos.

Ou seja, não há mais como conceber a jurisdição em uma dimensão que ignore a sua dinâmica processual, pois o bom resultado da sua tarefa é indissociavelmente ligado ao “meio instrumental” (técnica processual, estrutura

---

<sup>402</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 63.



fática, comportamento dos auxiliares judiciários e do juiz) com o qual trabalha.<sup>403</sup>

O método pragmático, portanto, é método para tornar concretos as promessas constitucionais e os direitos fundamentais. Não se confunde com a justiça utilitarista, a qual, como se viu, em nome da máxima felicidade geral, submete os direitos humanos ao princípio utilitário e compreende que o indivíduo somente possui direitos na proporção em que isso conduz a maximizar a salvaguarda do bem coletivo ou a proteção do interesse coletivo. Mais uma vez, é conveniente insistir, o pragmatismo não se confunde com o utilitarismo.

---

<sup>403</sup> MARINONI, L. G. Teoria geral do processo, p. 216.

## 4 O NOVO ESTÁGIO METODOLÓGICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO

### 4.1 A OPERACIONALIDADE COMO ELEMENTO DO DIREITO PROCESSUAL

O direito processual é essencialmente dinâmico.

O processo é movimento para frente. Sem movimento não há processo, esvaziando-se por completo a noção de direito processual. A qualificação desse movimento – a operacionalidade do processo<sup>404</sup> – é elemento constitutivo desse que é o “ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social.”<sup>405</sup>

Ainda que se visualize o processo como uma relação jurídica, ou se tome a relação jurídica como categoria fundamental da teoria processual,<sup>406</sup> tal concepção não oferece o elemento operacional, pois não permite perceber o movimento e a dinâmica como dados essenciais do fenômeno processual.

Um processo sem caráter operacional perde completamente a sua significação social. A operacionalidade não se confunde com celeridade, mais se aproximando de efetividade, mas com conteúdo peculiar: não é restrito ao aspecto jurídico, penetrando todas as dimensões do fenômeno processual. Operacional é um processo que funciona: atinge todos os seus escopos definidos a cada momento histórico.<sup>407</sup>

Quando se fala em método para o direito processual, não há como afastá-lo da operacionalidade. Um método processual deve dar conta dessa dimensão dinâmica. Tem que estar permeado pela constante preocupação operacional. Cada solução proposta pelo método deve passar por esse crivo. As soluções não-

---

<sup>404</sup> Na doutrina de Pontes de Miranda aparece a ideia de que o processo é “operação em seguimento”, durante a relação jurídica processual (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973. p. 45).

<sup>405</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 1.

<sup>406</sup> ABOUD, G., OLIVEIRA, R. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 56.

<sup>407</sup> VENTURI, E. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 159-161.

operacionais, que conspirem contra a natureza dinâmica do processo, devem ser rejeitadas.

É preciso, portanto, perceber que o direito processual não pode ser estudado e produzido sem levar em consideração essa dinâmica que lhe é inerente. Esse elemento prático o faz diferente dos demais ramos jurídicos, os quais aceitam, em maior ou menor grau, ser analisados numa dimensão estática. Talvez a operacionalidade do processo seja o melhor critério de diferenciação entre o direito processual e o direito material.<sup>408</sup> PONTES DE MIRANDA já dizia que o direito processual é “direito rente à vida e há de estar em contacto permanente com a vida, a que ele serve, por ser, como os outros ramos do direito, processo de adaptação social, porém, mais do que os outros, dinâmico.”<sup>409</sup>

É claro que reconhecer a dimensão operacional do processo não significa negar ou minorar as cargas axiológicas que o envolvem. O direito processual está permeado por valores, sobretudo constitucionais, os quais devem ser realizados na atividade processual. Os valores, concretizados como regras e princípios, impõem limites, mas também exigem ações positivas. Impedem, por exemplo, que o juiz decida sem a participação efetiva das partes. De outro lado, exigem que o processo tenha duração razoável. Os limites estão quase sempre bem definidos em regras.<sup>410</sup> As ações positivas, nem sempre o estão, constando, na maioria das vezes, de princípios ou de cláusulas gerais. Por conseguinte, garantir o respeito aos limites, para evitar a arbitrariedade, é caminho mais fácil do que implementar valores com dimensões positivas, porque tais valores não dependem apenas de regras, mas também da administração das diversas variáveis que compõem o seu resultado de ação.

Toda essa carga axiológica, hoje, pode ser resumida em uma frase: o processo deve ser justo!

---

<sup>408</sup> Segundo Pontes de Miranda, “a distinção entre direito processual e direito material é de grande importância prática. Os fins e os expedientes técnicos são diferentes. Alguns conceitos mudam, ao se passar de um campo para outro, como o de exceção.” (PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 46).

<sup>409</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil, p. XLVII.

<sup>410</sup> A imposição de limites ao arbítrio dos juízes não é, porém, o único papel do direito processual. Nesse sentido, não é possível concordar, inteiramente – a não ser ressaltando o momento histórico em que foi emitida –, a opinião de Pontes de Miranda, no sentido que “[...] se advertirmos em que a luta judiciária, substitutiva da luta material, somente se exerce dentro de formas que evitem o arbitrário, facilmente compreenderemos o papel do direito processual no mundo em que vivemos.” (PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 48).

Mas, ao contrário dos ramos do direito material, o direito processual não se exaure nas disputas axiológicas, na avaliação do bem ou do mal, na adoção deste ou daquele direito organizador da vida social.

A realização dos valores que congregam a ideia de processo justo compõe apenas uma parte da experiência processual. Desde a revolução processual de FRANZ KLEIN, já se sabe que o processo também exige administração.<sup>411</sup> Administrar o processo significa fazê-lo operacional, caminhar ao seu destino de realização do direito material. Não é tarefa que acomete apenas ao juiz, mas a todos aqueles que, de alguma forma, participam da elaboração de soluções processuais. Como dizia KLEIN, “juízes, advogados e partes devem colaborar para a formação de uma decisão justa.”<sup>412</sup>

Assim, não é possível afastar o direito processual da realidade empírica, do que acontece no “túmulto da vida forense”.<sup>413</sup> A administração do processo é um dado da experiência. E se a operacionalidade é componente essencial do sucesso das instituições processuais, torna-se impossível conhecer o direito processual apenas pela visão da dogmática, das leis ou dos conceitos jurídicos.

A primeira novidade de um novo estágio metodológico para o direito processual civil é levar a sério o componente operacional do processo, sem medo de se “contaminar” com componentes e técnicas extrajurídicos. A fase instrumentalista do processo tocou nesse assunto quando elaborou a noção de efetividade processual. No entanto, o trabalho dos instrumentalistas se deu apenas no nível dogmático. Não partiu para o nível administrativo do processo, nem bebeu das experiências do *Law and Economics*. Por tal razão, ficaram nas promessas, sem definir os meios para realizá-las.

Essa nova vertente administrativa e econômica das preocupações processuais não significa submeter o jurídico ao extrajurídico ou transformar o direito processual num feixe infinito de disciplinas afins, dentre as quais o jurídico disputaria um espaço qualquer. Significa, sim, como reconhece NICOLA PICARDI, a necessidade de uma proposta multimetódica, que não se satisfaça, apenas, com a lógica jurídica formal:

---

<sup>411</sup> CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein: il processo civile tra libertà e autorità. Rivista di Diritto Processuale, Itália, CEDAM, n. 4, p. 973.

<sup>412</sup> CIPRIANI, F. Nel centenario del regolamento di Klein: il processo civile tra libertà e autorità, p. 974, tradução nossa.

<sup>413</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 1.

Negli ultimi tempi si va, peraltro, delineando un ripensamento in punto do metodo. Recenti ricerche hanno evidenziato che il monismo metodológico é solo un espediente di comodo: la complessità del fenomeno processo non consente di circoscrivere l'oggetto delle nostre indagini ad un'unica prospettiva, sia esso il solo dato normativo ovvero il solo profilo sociológico. Si é finito, così, per gettare un'ombra di sospetto sulla mentalità simplificatoria che ha alimentato una lunga stagione di studi e si va delineando l'esigenza di analizzere il nostro tema in una pluralità di prospettive disciplinari, attraverso un approccio multimetodico, o meglio, una forma di sincretismo di metodi giuridici.<sup>414</sup>

Um novo estágio metodológico deve, necessariamente, assumir essa complexidade do fenômeno processual. Administração, economia e sociologia compartilham o mesmo *locus* da experiência processual, cada qual fornecendo a sua medida de colaboração para a prática-com-êxito desse peculiar direito dinâmico. O fenômeno processual não se reduz à lógica jurídica, nem aos conceitos e sistematizações legais e doutrinárias. Num direito dinâmico, operacional, que trabalha com dados empíricos de administração de rotinas, chega a ser contraproducente – para não dizer ilógico – produzir soluções abstratas, saídas de formulações exclusivamente ideais.<sup>415</sup> A proposta deve ser multimetódica. O pensamento, sozinho, desacompanhado da experiência, não pode produzir um bom direito processual.

## 4.2 A NOÇÃO DE SOLUÇÕES PROCESSUAIS

Bem por isso um novo estágio da metodologia processual deve trabalhar com a noção de “soluções processuais”.

Uma solução processual é uma resposta, empiricamente orientada, para um problema processual. Ela é produto de uma análise multidimensional, que comunga as demandas valorativas do processo justo, com as exigências funcionais do processo operacional. Uma solução processual trabalha todas as variáveis possíveis da gênese do problema.

---

<sup>414</sup> “Nos últimos tempos se vai, a despeito disso, delineando uma mudança de ideia na questão do método. Pesquisas recentes têm evidenciado que o monismo metodológico é somente um expediente de conveniência: a complexidade do fenômeno processual não permite circunscrever o objeto das nossas indagações por meio de uma única perspectiva, seja somente o dado normativo, seja somente o ponto de vista sociológico. Terminou-se, assim, por lançar uma sombra de dúvida sobre a mentalidade simplificadora que alimentou um longo estágio dos estudos e se vai delineando a exigência de analisar o nosso tema numa pluralidade de perspectivas disciplinares, através de uma proposta multimetodológica, ou melhor, uma forma de sincretismo dos métodos jurídicos.” (PICARDI, N. Manuale del processo civile, p. 14, tradução nossa).

<sup>415</sup> PICARDI, N. Manuale del processo civile, p. 13.

Metodologicamente, uma solução processual é diferente porque a sua fonte de inspiração não é unicamente a lei ou os conceitos jurídicos. O juiz que procura uma solução processual não se limitará a abrir o código ou um livro de doutrina. Abrirá o código, folheará o livro, talvez isso lhe seja suficiente diante da dimensão do problema. Mas – a experiência cotidianamente ensina –, nem sempre os textos legais ou compêndios científicos fornecem solução ou, em inúmeras situações, a solução por eles fornecida não satisfaz a grandeza do problema, ou seja, a solução fornecida pela metodologia tradicional não é operacional, não funciona na prática ou dificulta a administração do processo.<sup>416</sup> Pragmaticamente falando, uma solução processual, em casos tais, deve buscar outras fontes que propiciem uma resposta criativa, avaliando comparativamente as diversas hipóteses de resolução do problema, tendo em vista as suas consequências.<sup>417</sup>

A criatividade está na base da noção de solução processual, reveladora da implementação ou concretização de um processo operacionalmente justo.

Aqui reside o maior de todos os entraves para a construção de um método processual que realize as aspirações, há tanto amealhadas, de efetividade processual. No direito (ao contrário da administração), tradicionalmente, a criatividade é considerada um anátema: um juiz criativo é um “juiz ativista” (em sentido negativo), que conspira contra a segurança das instituições jurídicas, decidindo unicamente conforme sua consciência ou preferências pessoais.<sup>418</sup> É claro que uma proposta metodológica não deve aderir a uma criatividade irresponsável. Enquanto método, deve apontar os caminhos para que a criatividade frutifique em soluções processuais adequadas, sem arbitrariedades. O processo justo repele a arbitrariedade. O importante é não confundir as coisas. Criatividade não é o mesmo que arbitrariedade. Um processo operacional não pode deixar de contar com as iniciativas criativas. O mé-

---

<sup>416</sup> No dizer de Pontes de Miranda, “Livro de doutrina – manual, comentários ou tratado – há de ser livro útil aos juízes e advogados, como roteiro para as suas atividades. Os livros que não resolvem dúvidas, os livros sem valor prático, são livros de metafísica ou de retórica jurídica; não são livros de ciência. É perder tempo lê-los e mencioná-los. Ou se sabe direito, ou não se pode falar sobre direito. Ninguém pode escrever filosofia da botânica sem ser botânico. Um dos males da civilização está no que escrevem sobre o direito os que somente conhecem o que se escreveu sobre ele. É com tijolos, barro e madeira que se constrói, ou com ferro e cimento. Não se pode edificar, criar, com estampas de casas, ou sobre o estilo. O direito de um povo, por mais integrado que esteja em certa zona de cultura, tem o seu estilo, e vive dentro dele. O jurista tem de revelá-lo, e pouco lhe adianta o que pensaram sobre os sistemas jurídicos os que nunca entraram, a fundo, num sistema jurídico. O mérito dos livros, só se há de medir pelo que deixaram na doutrina e na jurisprudência. O mérito a mais, que possam ter, advém-lhes do que obtiveram de adesão dos juízes e dos intérpretes, e pela notícia que deram do que se pensou e julgou nesses dez ou mais anos.” (PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil, p. L).

<sup>417</sup> EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 112-113.

<sup>418</sup> LOPES, M. E. de C. Ativismo judicial e o novo Código de Processo Civil, p. 303.

tudo consiste em oferecer as balizas para essa criatividade. Mas, impedir a criatividade na produção de soluções processuais é sepultar qualquer tentativa metodológica de suplantar os obstáculos que até hoje prendem o direito e o processo ao paradigma racionalista.

Pode-se dizer que um juiz pragmático, enquanto juiz criativo, é ativista,<sup>419</sup> mas no sentido positivo do termo, tal qual o emprega ROBERTO BERIZONCE, conferindo-lhe uma noção mais profunda, endereçada “a la obtención de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales.”<sup>420</sup> Esse juiz ativista, que não se confunde com o juiz ativo ou diligente/atuante, é aquele que, a partir de uma visão “progresista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus decisiones un sentido constructivo y modernizador, orientándolas a la consagración de los *valores esenciales* en vigor.”<sup>421</sup>

A criatividade reivindicada por uma nova fase do direito processual exige uma postura não conformista diante do problema. A experiência sempre vai fornecer novas problemáticas. Novos problemas, novos processos, com diferentes demandas e extensões. O mundo globalizado, para o bem ou para o mal, estará constantemente sendo impactado por mudanças. Não é o caso de baixar a cabeça e aceitar que não é possível resolver o problema que se apresenta. Sempre será possível resolver o problema, pois no campo jurídico não há determinismo. Talvez a resposta não seja fácil. Talvez não esteja à vista para um formalista, que procura no sistema lógico a resposta esperada. Mas estará presente para um administrador de processos, que não se limita pela opção lógica e percebe que administrar processos é administrar pessoas.

Trabalhando com a noção de soluções processuais, o método processual pragmático exercitará a criatividade responsável, porque empiricamente orientada. Não só dirigida a juízes, como a juristas e a legisladores. Em todas as esferas de produção do direito processual, a busca será por soluções processuais, com respeito ao caráter operacional do processo, mas sem descuidar das garantias fundamentais. O impacto com a realidade será o “banco di prova dei meccanismi processuali”, na

---

<sup>419</sup> EISENBERG, J.; POGREBINSCHI, T. Pragmatismo, direito e política, p. 118.

<sup>420</sup> BERIZONCE, R. O. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, p. 44-45.

<sup>421</sup> BERIZONCE, R. O. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, p. 45.

dicção de NICOLA PICARDI.<sup>422</sup> Deixa-se de lado a elegância terminológica ou a justeza sistemática para conferir maior adequação e eficiência ao processo.

#### 4.3. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO FONTE METODOLÓGICA SISTÊMICA

Uma das características comuns dos métodos processuais até agora elaborados foi a fragmentação do seu objeto. Cada estágio metodológico elegeu um polo ou centro irradiador das suas ideias.

No período autonomista foi a ação; no instrumentalismo, a jurisdição; no neoprocessualismo, o processo. Cada qual elaborou as suas premissas metodológicas a partir de um fragmento da experiência processual. Um enfatizou o poder das partes (polo metodológico da ação); outro, o poder estatal (polo metodológico da jurisdição); e o terceiro, a cooperação entre as partes e o juiz dentro da relação processual (polo metodológico do processo). Nenhum deles, portanto, se fundou na totalidade da experiência processual, dificultando a formulação de soluções processuais. Essa visão fragmentada do fenômeno processual é típica do paradigma racionalista, desde o cartesianismo.

Os precedentes estágios metodológicos do processo civil padecem dessa mesma visão reducionista do fenômeno processual, não conseguindo enxergar, ao menos suficientemente, que todos esses elementos estão interligados e são interdependentes.<sup>423</sup> Esses estágios mantêm-se unidos no paradigma racionalista que “procurou fazer do Direito uma ‘ciência’, sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas.”<sup>424</sup>

Um método para o direito processual, que rompa com o paradigma racionalista, precisa partir, necessariamente, de uma fonte metodológica sistêmica, que compreenda o fenômeno processual com todas as suas porções interagindo. A produção criativa de soluções processuais depende dessa compreensão. O “sistêmico” aqui é tratado como uma visão de permanente inter-relação e interdependência essencial entre os vários elementos que compõe o fenômeno processual. O processo, sistemicamente considerado, é uma totalidade integrada, cujas propriedades não

<sup>422</sup> PICARDI, N. Manuale del processo civile, p. 14.

<sup>423</sup> ABOUD, G.; OLIVEIRA, R. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 56.

<sup>424</sup> SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 1.



podem ser reduzidas às de unidades menores, sem comprometer suas propriedades integrais.

Uma nova fonte metodológica, com caráter sistêmico, não pode descurar do elemento operacional do processo. A sua visão holística deve permitir a interação dos elementos axiológicos e operacionais do processo.

Não se trata, contudo, de postular um impedimento metodológico para se trabalhar os vários componentes do fenômeno processual. Seria impossível abandonar completamente o estudo particular da ação, da jurisdição ou do processo. A descrição reducionista pode ser útil e, em alguns casos, é até necessária. O que uma proposta metodológica sistêmica defende é que não se parta de um atributo ou elemento do fenômeno para explicar o fenômeno como um todo. Em outras palavras, o fenômeno processual não pode ser compreendido e produzido a partir, exclusivamente, da noção de ação, ou de jurisdição, ou de processo.

A integração entre ação, jurisdição e processo, permeada da operacionalidade processual, está bem representada pelo novo conceito de “prestação jurisdicional”.

Tradicionalmente, a prestação jurisdicional é entendida como a realização do direito pela jurisdição, indiferentemente de ser favorável ou desfavorável à pretensão do autor.<sup>425</sup> Ela implica na proteção dos direitos processuais, garantindo-se as condições de participação dos envolvidos, com atenção ao devido processo legal.<sup>426</sup> Essa noção se aproxima da ideia de prestação jurisdicional como serviço público, correspondente à função jurisdicional do Estado.<sup>427</sup>

A prestação jurisdicional não se confunde com a tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional corresponde à efetiva proteção do direito material,<sup>428</sup> ou seja, na proteção de quem tem razão. A “prestação” é o continente no qual se inclui a “tutela”. Nas palavras de SÉRGIO CRUZ ARENHART, a ideia de tutela jurisdicional do direito está intimamente vinculada

[...] àquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo não apenas o direito de provocar a jurisdição, mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional, aí incluído o direito a um procedimento, a um

<sup>425</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 77.

<sup>426</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 43-47.

<sup>427</sup> CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade na justiça civil, p. 400-401; ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, mar. 2011. p. 173.

<sup>428</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 46.

provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material invocada pelo demandante.<sup>429</sup>

A noção de prestação jurisdicional deve ser revalorizada para assumir, num novo estágio metodológico, a posição de fonte metodológica primordial.

Ela integra, adequadamente, os elementos ação, jurisdição e processo, “apreendendo a dinamicidade”<sup>430</sup> do fenômeno processual. O “prestar” inclui o elemento dinâmico. O conceito é inovado para fazer aderir a ideia de administração. Além disso, na esteira da doutrina de EDUARDO DE AVELAR LAMY, possui caráter fático, executivo, “é estudada empiricamente, pertencendo ao universo do *ser*, e não do *dever ser*; possui nexo causal, e não normativo.”<sup>431</sup>

A vantagem desse novo centro metodológico é a fusão dos elementos constitutivos do processo com suas respectivas finalidades. A prestação jurisdicional deixa de ser exclusivamente o fim do processo (sentença/execução), para representar todo o seu desenvolvimento. Por intermédio de um único conceito leva-se a pensar não só na constituição e nas características do fenômeno processual, como nos seus escopos fundamentais. Com isso, se torna possível alcançar a pretensão sistêmica e holística do novo método, eliminando a prejudicial fragmentação do conjunto processual.

Mas a prestação jurisdicional, como fonte metodológica, deve ser qualificada pela “adequação”, “efetividade” e “tempestividade.”<sup>432</sup>

De uma maneira geral, entende-se como adequada a prestação jurisdicional “quando há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material.”<sup>433</sup> Efetiva é a prestação jurisdicional que realiza concretamente os direitos, não se limitando a declará-los ou a emitir um provimento condenatório.<sup>434</sup> Tempestiva é a que corresponde aos anseios de duração razoável do processo.

Esses qualificativos da prestação jurisdicional representam “o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade”<sup>435</sup> ou entre o “garantismo ed *effettività*.”<sup>436</sup> Ao

<sup>429</sup> ARENHART, S. C. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 47.

<sup>430</sup> ABOUD, G.; OLIVEIRA, R. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 57.

<sup>431</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 173, jul. 2009. p. 102.

<sup>432</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*, p. 71-75.

<sup>433</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*, p. 72-73.

<sup>434</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*, p. 75.

<sup>435</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49.

contrário do que se pode deduzir, o pragmatismo processual não tem compromisso exclusivo com a efetividade do processo. A segurança jurídica é valor essencial que também reclama lugar na concepção de prestação jurisdicional, a nortear a metodologia do direito processual.<sup>437</sup> É importante insistir que o pragmatismo rejeita toda visão fragmentária do processo, pela qual se poderia fixar a efetividade do processo como único escopo ou mote. Deve-se sempre buscar “um ponto de equilíbrio entre a proteção dos interesses individuais envolvidos em cada acontecimento processual e a proteção dos interesses coletivos à gestão racional do conjunto de processos.”<sup>438</sup>

A prestação jurisdicional não pode ser adequada se não consegue ser “hábil para atender determinada situação concreta”, ou seja, se não consegue atender ao direito material, resolvendo o mérito. Não adianta resolver processos, sem resolver os problemas que deram causa a esses mesmos processos: lides mal resolvidas significam mais processos e mais problemas para o sistema de justiça. A adequação é o elemento da prestação jurisdicional ligada ao mérito, às garantias processuais e à segurança. Por esse aspecto, nem a “jurisprudência defensiva” (decisões que criam entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento de recursos aos tribunais),<sup>439</sup> nem a “jurisprudência lotérica” (tribunais decidindo de forma diferente o mesmo tema jurídico)<sup>440</sup> representam soluções processuais pragmáticas, pois não conduzem a uma prestação jurisdicional adequada. Não está ligada ao pragmatismo qualquer ideia de eliminação de processos a qualquer custo; nem uma independência judicial que mate a racionalidade do sistema de justiça.

Mas é claro que a adequação e a segurança interagem proporcionalmente com as demais dimensões do processo, especialmente a efetividade e a tempestividade, dentro da noção sistêmica de prestação jurisdicional.<sup>441</sup>

A prestação jurisdicional adequada, eficiente e tempestiva será o referencial comum para a produção das soluções processuais.

---

<sup>436</sup> PICARDI, N. *Manuale del processo civile*, p. 16.

<sup>437</sup> Nesse sentido: VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. Justiça material *versus* segurança jurídica: implicações no processo civil e aplicação dos postulados normativos para a solução do embate. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 162, ago. 2008. p. 311-312.

<sup>438</sup> CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade na justiça civil, p. 406.

<sup>439</sup> SANTOS, L. F. F. dos. Jurisprudência defensiva: um combate a ser feito por todos, p. 1.

<sup>440</sup> CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinicius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 196, jun. 2011. p. 312.

<sup>441</sup> VILLAS-BÔAS, M. de A. Justiça material *versus* segurança jurídica: implicações no processo civil e aplicação dos postulados normativos para a solução do embate, p. 322-323.

As consequências práticas que o método processual pragmático exige sejam avaliadas, o serão de acordo com este referencial comum: a adequação, a efetividade e a tempestividade da prestação jurisdicional.

#### 4.4 CARACTERIZAÇÃO GERAL DO MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO

A proposta fundamental desta tese é contribuir para a construção de um novo método para o direito processual civil, que rompa com o paradigma racionalista. Já se demonstrou que os estágios metodológicos até hoje elaborados não conseguiram promover essa ruptura. Mas trabalhar um novo método não significa desprezar tudo o que foi produzido na epistemologia processual. As estruturas conceituais da fase autonomista, os escopos do processo da fase instrumentalista, o processo cooperativo da fase neoprocessualista são conquistas civilizatórias reconhecidas e merecedoras de toda consideração.

No entanto, o apego ao racionalismo ainda perpetua prejuízos, porque não permite um fazer processual que respeite a realidade. O direito processual ainda continua sendo produzido como LEIBNIZ preconizava a doutrina do direito, isto é, como “uma ciência que não depende de experiências, mas de definições, não das demonstrações dos sentidos, mas exclusivamente da razão.” É “o templo marmóreo brilhando no alto da colina”, como referia WILLIAM JAMES.

O pragmatismo jurídico se apresenta como um referencial teórico capaz de dar conta dessa árdua e ousada tarefa, justamente porque a sua proposta é antirracionalista.

A produção do direito, orientada pelo pragmatismo, não é um produto exclusivamente intelectual. Inspira-se na arte. Reclama os dados da experiência, do cotidiano, da realidade empírica. Por isso, não se circunscreve apenas aos conceitos e sistemas legais.

A primeira grande tarefa de um método processual guiado pelo pragmatismo será a limpeza do discurso jurídico, tornando irrelevantes muitas das disputas teóricas com as quais os juristas perdem tempo e energia. De acordo com a filosofia de WILLIAM JAMES, as discussões jurídicas que não oferecerem diferenças práticas deverão ser consideradas vãs e abandonadas.

Além disso, por se tratar de um autêntico método para a ação, se conciliará melhor com os elementos operacionais do processo. O pragmatismo ajuda a pensar

um processo que funcione, que dê certo, cuja prática seja exitosa. Não é possível cogitar um processo que se adapte a conceitos e a sistemas, mas que não operacionalize a vida prática.

A concepção pragmática da verdade é o instrumento mais importante para a construção do método processual pragmático, pois auxilia o produtor do direito a propor e a testar as soluções processuais. Toda solução processual deverá passar pelo crivo da verdade pragmática, ou seja, não bastará corresponder a um conceito ou a um esquema legal, será necessário que suas consequências práticas sejam úteis para o referencial comum do direito processual: a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Assim sendo, no método processual pragmático, em primeiro lugar, não há um polo metodológico.

Pragmaticamente, a visão do fenômeno processual é integrada e sistêmica. Não somente ação, tampouco somente jurisdição ou processo, mas o conjunto da experiência processual, qualificada pelos seus escopos fundamentais.

Em segundo lugar, dada a sua fonte metodológica integrada e sistêmica, não há um único ângulo de estudo. Não se limita a ver o processo de um ângulo interno, como fazem o autonomismo e o neoprocessualismo, nem de um ângulo externo, como trabalha o instrumentalismo. A visão é holística e multidimensional. Medem-se as dimensões sociais, políticas e econômicas implicadas no fenômeno processual e trata-se do formalismo processual com valor e com operação.

Terceiro: da mesma forma com que o pragmatismo percebe como insuficientes as explicações unilaterais e fragmentárias da experiência processual (ação *versus* jurisdição *versus* processo; ângulo interno *versus* ângulo externo), não pode tomar como método uma posição analítica, que divida o direito em suas dimensões constitutivas (fato, valor e norma). Nenhuma dimensão específica do jurídico pode ser privilegiada num método processual pragmático. Nem só fato, nem só norma, nem só valor. Nessa linha, o método pragmático alinha-se com a visão tridimensional do direito proposta pelo realista norte-americano ROSCOE POUND.<sup>442</sup>

Como consequência, nem a lei, nem a Constituição, nem qualquer outra base normativa serão consideradas como únicas fontes da produção jurídico-processual. A experiência processual não se esgota na normatividade formal. Ele-

---

<sup>442</sup> POUND, R. Law and morals, p. 23 e ss.; REALE, M. Filosofia do direito, p. 535-538.

mentos de administração, de economia, das ciências sociais e de outros campos do saber serão imprescindíveis para a produção de soluções processuais que resultem consequências práticas úteis para uma prestação jurisdicional de qualidade.

Reunidas todas essas características, o mote de um novo estágio metodológico do processo civil será a operacionalidade.

A ciência deu a tônica das aspirações autonomistas do direito processual; a efetividade é o mote do instrumentalismo; a cooperação é o lema do neoprocessualismo. O pragmatismo processual quer sempre destacar que o seu maior objetivo é fazer o processo dar certo. Não é possível insistir em debates teóricos abstratos desvinculados de seus resultados práticos. Para o pragmatismo, ou as soluções processuais são operacionais, ou não são soluções.

Um resumo dessas características do novo método processual pragmático pode ser graficamente representado pela tabela abaixo, permitindo a comparação com as dos estágios metodológicos precedentes, conforme síntese disponível no quadro que compõe a tabela 1:<sup>443</sup>

Tabela 2. – Método processual pragmático

**MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO**

<b>ÂNGULO</b>	⇒ Visão holística do processo
<b>POLO</b>	⇒ Prestação jurisdicional (não há um polo)
<b>DIMENSÃO</b>	⇒ Tridimensionalidade do direito
<b>FONTES</b>	⇒ Múltiplas
<b>MOTE</b>	⇒ Operacionalidade

#### 4.5 DIRETRIZES DO MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO

O método processual pragmático é funcional.

Sua funcionalidade principal é guiar a produção de soluções processuais.

Em outras palavras, diante dos problemas processuais, o método pragmático fornece diretrizes para a eleição da melhor solução processual, em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

---

<sup>443</sup> Subcapítulo 2.5 Rumo ao quinto estágio.

As diretrizes do método processual pragmático proposto são as seguintes:

1º) Desprezar as diferenciações entre categorias ou conceitos processuais que não revelem implicações práticas;

2º) Não descartar uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra do direito processual;

3º) Entre duas ou mais soluções processuais, adotar aquela que apresentar as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva;

4º) Avaliar as consequências práticas de uma solução processual de acordo com a experiência.

É necessário seguir à análise pormenorizada de cada diretriz.

#### 4.5.1 Diretriz antifundacionista

Desprezar as diferenciações entre categorias ou conceitos processuais que não revelem implicações práticas.

Essa primeira diretriz é antifundacionista.

Serve para limpar o discurso jurídico-processual, economizando o tempo e a energia dos juízes, juristas e legisladores, cujas preocupações passam a ser concentradas em temas que realmente interfiram na realidade prática da prestação jurisdicional. Toda metafísica processual deve ser eliminada. As abstrações teóricas que não ajudem a forjar soluções processuais devem ser desprezadas, pois perdem completamente sua significação. É certo que a aplicação dessa primeira diretriz pragmática diminuirá, em muito, o volume dos tratados e manuais de direito processual.

Algumas dessas discussões teóricas abstratas podem ilustrar a aplicação antifundacionista do método pragmático.

##### 4.5.1.1 Os conceitos e teorias sobre jurisdição, processo e ação

Aplicando-se essa diretriz, as discussões sobre a natureza ou a essência da jurisdição, da ação ou do processo perderão completamente o sentido – não obstante algum dia tenham oferecido sua importância para a consolidação do direito processual.

Não há diferença prática nenhuma em se estabelecer se a jurisdição é a “atuação da vontade concreta da lei”, como queria CHIOVENDA, ou se se trata da “justa composição da lide”, como defendia CARNELUTTI. Qualquer dos conceitos que se adote, ou qualquer outro sugerido, não fará qualquer diferença na qualidade das soluções processuais ou na otimização da prestação jurisdicional. É pura metafísica, mas que ainda ocupa o espaço das discussões acadêmicas do direito processual,<sup>444</sup> quase sempre na disputa entre as teorias declarativa e constitutiva.<sup>445</sup>

Da mesma forma, pouco ou nada se consegue extrair, em termos práticos, das elaborações sobre a natureza do processo. Seja uma relação processual (BÜLOW), seja uma situação jurídica (GOLDSCHMIDT), seja uma espécie de procedimento marcado pelo contraditório (FAZZALARI),<sup>446</sup> essas definições, atualmente, em nada auxiliam o empreendimento de uma prestação jurisdicional capaz de dar conta das demandas contemporâneas de resolução de conflitos.

E a não ser por fidelidade às raízes históricas do direito processual, um pouco mais do que nada se pode obter das diversas teorias que tentam explicar a natureza jurídica da ação: será um direito de agir abstrato (PLÓSZ e DEGENKOLB) ou concreto (WACH)?; um direito potestativo (CHIOVENDA)?; direito de petição (COUTURE)?; um pouco de cada coisa (LIEBMAN)?<sup>447</sup> Nada disso ajuda a resolver problemas, senão a esterilizar os debates acadêmicos do direito processual. Não se trata de menosprezar as contribuições teóricas do passado que consolidaram o direi-

---

<sup>444</sup> Nesse sentido, é nitidamente pragmática a doutrina de Carlos Alberto Carmona ao afirmar que “O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a idéia contratualista do instituto, outros preferindo seguir idéias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros. Outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma.” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 46).

<sup>445</sup> Para Cândido Rangel Dinamarco essa disputa continua importante. Segundo ele, “É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou ‘declarativa’) e a tese de que ele não tem toda essa aptidão, participando então o processo do *iter* criativo (teoria unitária, ou ‘constitutiva’). Com a escolha que fizer, estará definindo o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele e ainda (talvez, sobretudo) o preciso momento de inserção do sistema processual no universo jurídico.” (DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 189). Apesar da importância acadêmica apontada pelo autor, nenhuma diferença prática foi apresentada. Como toda disputa filosófica fundacionista, essa discussão, travada já há mais de um século, ainda não atingiu o consenso entre os juristas.

<sup>446</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 300-306.

<sup>447</sup> CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. Teoria geral do processo, p. 267-274.



to processual como ramo jurídico, mas de perceber que, na atualidade, esses debates perderam completamente o sentido.

Essas considerações pragmáticas sobre os “pilares” ou “alicerces” do direito processual fazem pensar se ainda é justificável manter uma Teoria Geral do Processo, no âmbito da doutrina do processo, afeita a elaborações conceituais a partir das noções de jurisdição, ação e processo. Talvez perdue apenas por questões didáticas e propedêuticas dos currículos das faculdades de direito, mas não por questões propriamente científicas ou metodológicas.

#### 4.5.1.2 Jurisdição contenciosa *versus* jurisdição voluntária

A aplicação da primeira diretriz do método processual pragmático recomenda o fim da distinção entre “jurisdição contenciosa” e “jurisdição voluntária”.

A primeira é considerada a “genuína” jurisdição, na qual o juiz resolve um conflito de interesses; a segunda, por não veicular um litígio, não é considerada atividade jurisdicional, mas “administração pública de interesses privados.”<sup>448</sup>

Essa distinção teórica, ao cabo de prestar reverência científica ao conceito de jurisdição, tem perpetuado não só uma discussão abstrata e racionalista, como também perniciosa para a garantia de direitos fundamentais. Ainda não foi evidenciada qual a vantagem prática dessa divisão, nem como ela ajuda a tornar melhor a prestação jurisdicional.

A inexistência de conflitos de interesses, em muitos casos, é apenas teórica.<sup>449</sup> Basta cotejar, por exemplo, os inúmeros casos de interdição (curatela dos interditos, na dicção do CPC brasileiro), quando o interditando resiste em ser interditado: ele constitui advogado, se defende, produz provas, recorre, não aceita seu rebaixamento civil. Dizer que todos comungam dos mesmos interesses – a proteção do incapaz –, é ignorar a experiência. Um processo de interdição pode ser tão contencioso como qualquer demanda de jurisdição contenciosa.

A inclusão da interdição dentre os casos de jurisdição voluntária é artificial e não respeita a realidade,<sup>450</sup> sem dizer que pode comprometer os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, pois o interditando não é considerado par-

<sup>448</sup> CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. Teoria geral do processo, p. 169-172.

<sup>449</sup> DIDIER JUNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 116.

<sup>450</sup> A propósito, o novo Código de Processo Civil português, publicado em 26 de junho de 2013, incluiu a interdição entre os procedimentos especiais (art. 891 e ss.) e não como procedimento de jurisdição voluntária.

te.<sup>451</sup> O juiz, nessas hipóteses, é o mesmo juiz imparcial da jurisdição contenciosa, em nada assemelhado a um administrador.<sup>452</sup> Sua sentença é constitutiva e não pode ser modificada livremente, a não ser pela alteração superveniente no estado de sanidade mental do interditado (arts. 1.111 e 1.186, CPC), em tudo equivalente à coisa julgada material com cláusula *rebus sic stantibus* (art. 471, I, CPC).<sup>453</sup> Do ponto de vista prático, o juiz na jurisdição voluntária é tão juiz como na contenciosa.<sup>454</sup>

Pragmaticamente, essa distinção é precária. Não é possível aceitar o argumento no sentido de que, em casos como esse (interdição “controvertida”), o feito deixa de ser administrativo para se tornar contencioso.<sup>455</sup> Desde as origens, o processo de interdição prevê a defesa do interditando, inclusive por meio de advogado,<sup>456</sup> o que denota estar nas entranhas do seu procedimento a “controvérsia que exigirá debate e solução sob regime de contraditório igual ao dos procedimentos contenciosos”,<sup>457</sup> não se tratando de mero “incidente de percurso.”<sup>458</sup>

Além disso, se essa “crise de litigiosidade” pode transformar um procedimento em outro, mais se reforça a artificialidade da distinção.

O mesmo nível de controvérsia se verifica em outros procedimentos incluídos como de jurisdição voluntária, a exemplo das alienações judiciais (arts. 1.113 e seguintes, CPC). É o caso do pai que “requer autorização para vender imóvel do filho menor e a mãe comparece ao processo para impugnar a pretensão” ou do “pedido de alienação do bem indivisível, contestado por um dos condôminos, para ne-

---

<sup>451</sup> Esse fato pode ser demonstrado pela jurisprudência, conforme os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: 1) “Processo civil. Recurso especial. Interdição. Supressão do prazo de impugnação previsto no art. 1.182 do CPC com fundamento no art. 1.109 do mesmo diploma legal. Inviabilidade. - O art. 1.109 do CPC abre a possibilidade de não se obrigar o juiz, nos procedimentos de jurisdição voluntária, à observância do critério de legalidade estrita, abertura essa, contudo, limitada ao ato de decidir, por exemplo, com base na equidade e na adoção da solução mais conveniente e oportuna à situação concreta. - Isso não quer dizer que a liberdade ofertada pela lei processual se aplique à prática de atos procedimentais, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa do interditando. Recurso especial provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 623.047/RJ, Rel. Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, julgado em 14/12/2004, DJ 07/03/2005). 2) “Interdição. Art. 1.183 do Código de Processo Civil. 1. A interditanda tem direito a provar que pode gerir a sua vida e administrar os seus bens, com a oitiva de testemunhas, com o que, em tal caso, não pode o Magistrado dispensar a realização da audiência do art. 1.183 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 172.284/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05/10/2000, DJ 20/11/2000).

<sup>452</sup> SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*, p. 34.

<sup>453</sup> DIDIER JUNIOR, F. *Curso de direito processual civil*, p. 118.

<sup>454</sup> DIDIER JUNIOR, F. *Curso de direito processual civil*, p. 117.

<sup>455</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”: espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, ago. 2011. p. 34.

<sup>456</sup> Conforme art. 607 do CPC de 1939 e art. 1.182 do CPC de 1973.

<sup>457</sup> THEODORO JÚNIOR, H. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”: espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas?, p. 34.

<sup>458</sup> THEODORO JÚNIOR, H. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”: espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas?, p. 46.

gar sua indivisibilidade.”<sup>459</sup> Em matéria de retificação de registros públicos isso também sói acontecer.<sup>460</sup>

O sistema processual ganhará com a eliminação da dicotomia: os juízes continuarão a decidir os casos, hoje enquadrados como jurisdição voluntária, de forma imparcial e com poder de império, garantindo às partes a plena participação no desenvolvimento da melhor decisão. A discricionariedade judicial, prevista expressamente (art. 1.109, CPC), que não é de todo incompatível com as demais formas de jurisdição,<sup>461</sup> não significará autorização para inobservância de garantias processuais. Muitos problemas práticos oriundos da desnecessária distinção, como conflito de competências,<sup>462</sup> deixarão de existir. Para o rearranjo topográfico, basta incluir os atuais procedimentos de jurisdição voluntária dentre os procedimentos especiais.

#### 4.5.1.3 Sobre a natureza jurídica da arbitragem

Também é possível perguntar quais são as repercussões práticas das especulações em torno da natureza jurídica da arbitragem. Considerá-la jurisdição, equivalente jurisdicional ou simples alternativa de solução de conflitos, em nada aliviará o trabalho dos árbitros e advogados na busca de soluções de conflitos. Aliás, a arbitragem moderna tem funcionado muito bem,<sup>463</sup> justamente pelo desapego às discussões teóricas e especulações abstratas. Ela se aproxima das características operacionais do processo civil romano, da fase do *ordo iudiciorum privatorum*, de natureza privada, entregue às partes, destituído de caráter público, sem os influxos do que hoje se conhece como Estado, sem as sistematizações do que hoje se chama de ciência processual. Segundo o pragmatismo, o processo arbitral conseguirá manter seu bom nível de operacionalidade enquanto se mantiver distanciado das disputas teóricas.

---

<sup>459</sup> THEODORO JÚNIOR, H. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”: espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas?, p. 34.

<sup>460</sup> DIDIER JÚNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 116.

<sup>461</sup> SILVA, O. A. B. da. Curso de processo civil, p. 36.

<sup>462</sup> Para ilustrar esse tipo de problema, basta recordar o que acontece com o procedimento de alvará judicial para levantamento de verbas como FGTS, PIS/PASEP, seguro-desemprego e benefícios previdenciários: ainda hoje, são comuns os conflitos de competência entre a Justiça Estadual e Justiça Federal, por conta da existência, ou não, de contestação por parte da Caixa Econômica Federal (STJ, 1ª Seção, CC 105.206/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26/08/2009, DJe 28/08/2009).

<sup>463</sup> CARMONA, C. A. Arbitragem e processo: : um comentário à Lei n.º 9.307/96, p. 19-22.

#### 4.5.1.4 Simplificação conceitual do direito processual coletivo

A aplicação dessa diretriz também colabora para a simplificação do direito processual coletivo.

Num primeiro momento, exigindo o imediato abandono da diferenciação conceitual entre “direitos” e “interesses” coletivos *lato sensu*, ainda frequente nas leis e tratados sobre o assunto, porque dela não pode ser traçada nenhuma consequência prática relevante, como já observou ELTON VENTURI.<sup>464</sup>

Numa segunda etapa, abolindo-se a separação entre direitos “difusos” e “coletivos.” Essa é uma excelente demonstração do refinamento conceitual inútil, típico do paradigma racionalista. Ambos os conceitos tratam de direitos transindividuais e indivisíveis: o que muda, de um para outro, é a determinação relativa da titularidade dos direitos coletivos, em comparação com a dos direitos difusos. Ainda que essa diferença de fato possa existir, ela somente gera consequências no mundo das ideias. A adoção dessa dualidade não gera consequências práticas para o funcionamento da tutela jurisdicional coletiva. No dizer de ANTONIO GIDI, “são categorias absolutamente inúteis para a operacionalidade dos processos coletivos e da tutela dos direitos de grupo.”<sup>465</sup>

Enfim, diversas outras hipóteses de diferenciações teóricas destituídas de significado prático poderiam ser aqui arroladas, para demonstrar a importância desta primeira diretriz metodológica pragmática.

Aplicando-se a primeira diretriz em todos os planos da produção jurídico-processual (legislativo, doutrinário e judicial), limpa-se o discurso e abrem-se as soluções processuais à realidade prática. Redescreve-se o fenômeno processual a partir da sua operacionalidade, alijando-se todo conceitualismo estéril.

---

<sup>464</sup> Segundo as palavras do autor, “Pragmaticamente, ainda, a única razão justificável pela qual se poderia admitir uma séria discussão científica em torno da distinção de categorias envolvendo conceitos como os de interesses legítimos, interesses simples, direitos subjetivos, direitos reflexos, dentre outros, seria a de aprimorar a prestação jurisdicional, incentivando-se uma ampliação do espectro objetivo de incidência do controle jurisdicional, precisamente em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade inscrita no art. 5º, XXXV, da CF de 1988. Todavia, em oposição a tal desiderato, há sério risco de que a adoção literal das mencionadas categorias conduza a verdadeiro excesso terminológico, capaz de amesquinhar a prestação jurisdicional.” (VENTURI, E. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 44-49).

<sup>465</sup> GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 201-202.

#### 4.5.2 Diretriz antirracionalista

Não descartar uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra do direito processual.

Essa é a principal diretriz antirracionalista.

A vitória sobre o paradigma racionalista depende, sobretudo, dela.

Trata-se de uma diretriz geral, que deve nortear todas as ações do pragmatista nos caminhos do processo civil.

O pragmatismo mede suas soluções pelo acerto de seus resultados.

Por isso, não pode descartar, de antemão, qualquer solução que se demonstre operacional, apenas porque não há um enquadramento legal ou conceitual. Uma solução processual não precisa ser lógica para ser operacional.

Nesse sentido, o método pragmático descende do realismo de ROSCOE POUND, quando afirma que “há muitas atividades práticas cujos postulados não resistirão a um exame lógico crítico se exigirmos deles uma correspondência absoluta dos fenômenos com a teoria, mas que, não obstante, servem muito bem a seus propósitos práticos”.<sup>466</sup>

Essa diretriz se aplica não só nos casos em que o sistema legal não oferece uma pronta solução, como também quando a solução oferecida pelo sistema não é operacional, não funciona na prática ou está defasada.

Pela sua importância para o método processual pragmático, vale a pena elencar alguns exemplos que demonstram o funcionamento específico dessa diretriz.

##### 4.5.2.1 Soluções criativas para o cumprimento de sentença coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos

A começar pela cumprimento de sentença coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos.

A solução oferecida pelo sistema legal preconizado, especialmente pelo art. 95 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/1990), não funciona mais para a maioria dos casos. Por que não? Porque apesar de se ter uma só ação, um só processo e uma só sentença coletiva, atendendo ao postulado geral

---

<sup>466</sup> POUND, Roscoe. A minha filosofia. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 544.

do processo coletivo, de concentrar a discussão do litígio (“molecularização da solução de conflitos”, no dizer de KAZUO WATANABE<sup>467</sup>), diminuindo o número de ações, sem diminuir a qualidade da prestação jurisdicional,<sup>468</sup> a fase de execução da sentença coletiva contraria esse postulado.<sup>469</sup>

Isso se dá porque o referido sistema, ainda apegado à tradição de se preservar a autonomia da vontade individual,<sup>470</sup> estabelece apenas uma forma de execução da sentença coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos: as vítimas ou os lesados, individual ou coletivamente, devem contratar advogado e ajuizar seu pedido de liquidação e execução da sentença (arts. 97 e 98, CDC).

A sentença coletiva, por essa mesma razão, deve ser genérica (art. 95, CDC).<sup>471</sup> Com isso, toda a economia atingida pela concentração da causa coletiva

---

<sup>467</sup> WATANABE, Kazuo *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 612-613.

<sup>468</sup> Segundo o magistério de Elton Venturi, “O modelo processual coletivo foi concebido, neste passo, precisamente para viabilizar a implementação da referida fórmula econômica no intuito de garantir a dedução das pretensões meta-individuais com um máximo de efetividade e o menor ônus possível.” No mesmo local, um pouco adiante, o autor ressalta que “[...] a concentração de milhares ou por vezes milhões de pretensões individuais conexas pela origem comum deduzidas por via de uma única e mesma demanda de natureza coletiva, ajuizada sem ônus econômicos para o autor ou para os titulares do direito material pleiteado, conduzida por uma entidade que, teoricamente, é dotada de maiores condições de êxito em juízo e que viabiliza a formação de coisa julgada material *erga omnes* em caso de improcedência, não obstaculizando o acesso judicial pela via individual, sintetiza fórmula extremamente auspiciosa sob o ponto de vista econômico.” (VENTURI, E. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 112 e 113).

<sup>469</sup> Esse dado da realidade é reconhecido por inúmeros processualistas que se dedicam ao processo coletivo, a exemplo de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “No âmbito do processo coletivo, busca-se, do mesmo modo, uma maior realização prática, para os atos ilícitos cometidos em detrimento de centenas, milhares e até milhões de pessoas possam chegar, de maneira concentrada em apenas um ou alguns processos até o Judiciário, trazendo justiça para os jurisdicionados, economia processual, isonomia em termos de direito material e maior equilíbrio entre as partes do processo. Como se procurará demonstrar no presente estudo, as normas vigentes para as ações coletivas, tratando-se de direitos individuais homogêneos, representam muito mais um ideal do que um modelo prático e viável para a consecução dos escopos pertinentes à tutela coletiva, especialmente no que diz respeito à efetivação, ao cumprimento e à execução dos julgados pertinentes a direitos individuais homogêneos, devendo haver modificação na sua interpretação ou mesmo inovação legislativa, para que melhores resultados possam ser alcançados.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para tutela dos direitos individuais homogêneos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 300).

<sup>470</sup> Nesse sentido é a doutrina de Teori Albino Zavascki, segundo a qual, “A atividade executiva depende da iniciativa do próprio titular do direito material. Não é compatível com o sistema, destarte, pretender-se, em regime de substituição processual, pleitear, ainda que em caráter provisório, medidas cuja eficácia possam atingir imediata e necessariamente a esfera jurídica dos substituídos, sonogando-lhes a liberdade de optar pela não-vinculação.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 187).

<sup>471</sup> MENDES, A. G. de C. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para tutela dos direitos individuais homogêneos, p. 301; ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. A execução individual da sentença coletiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 287-288.

se desfaz ante a verdadeira enxurrada de execuções individuais.<sup>472</sup> Em nome do valor liberdade individual inviabiliza-se, quase que por completo, o sistema de proteção de direitos individuais homogêneos. As consequências práticas da prevalência desse valor são desprezadas, ainda que hoje se possam levantar dados estatísticos demonstrando o volume dessas ações, as quais abarrotam a máquina judiciária e impedem uma prestação jurisdicional igualitária e de qualidade.<sup>473</sup>

Mais do que isso, desconhece-se que, por detrás dessa garantia de liberdade individual, exigindo-se que a vítima tome a iniciativa de executar a sentença coletiva, está o perverso cálculo, em favor dos réus (em muitos casos o Poder Público), que passam a contar com a possibilidade de não ter que arcar com a indenização completa e integral, correspondente à extensão do dano causado, dadas as recorrentes dificuldades de acesso à justiça ou mesmo a pura inércia dos lesados.<sup>474</sup>

O método pragmático conduz o juiz a ser criativo em situações como essa. Não pode aguardar, convenientemente, pelas inovações legislativas. Ele deve pro-

---

<sup>472</sup> Vide ANEXO 3: essa realidade pode ser bem visualizada através de dois casos paradigmáticos da Justiça Federal no Estado do Paraná: as ações civis públicas propostas pela APADECO (Associação Paranaense de Defesa do Consumidor), a de n.º 93.00.13933-9 (0013933-87.1993.404.7000), proposta contra a União, perante a 4ª Vara Federal de Curitiba, visando à restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis aos respectivos contribuintes do Estado do Paraná; e a de n.º 98.00.16021-3 (0016021-25.1998.404.7000), proposta contra a Caixa Econômica Federal, perante a 5ª Vara Federal de Curitiba, visando ao creditamento das diferenças de correção monetária devidas aos poupadores do Estado do Paraná que iniciaram ou renovaram caderneta de poupança antes de 15/1/1989. Em cada uma das ações, houve sentença coletiva de procedência transitada em julgado. Foram registradas milhares de execuções individuais em relação a cada ação, em todas as Varas Federais de todo o Estado do Paraná. Segundo o Núcleo de Apoio Judiciário da Justiça Federal do Paraná, em relação à primeira ação civil pública (empréstimo compulsório), foram registradas cerca de 125.144 execuções individuais, sendo 64.560 somente em Curitiba (estatística de 28/2/2003). Quanto à segunda ação (poupança), até o momento foram contabilizadas 30.888 execuções individuais, muitas delas ainda em andamento. Essas estatísticas compõem o referido anexo.

<sup>473</sup> Comentando sobre o Código Modelo Ibero-Americano de Processos Coletivos, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes afirma que “O Código Modelo rompeu, naturalmente, com essa visão monolítica, por saber que a existência apenas de um processo de conhecimento coletivo não exaure todas as possibilidades da defesa coletiva dos direitos, pois o posterior fracionamento, para a liquidação e execução dos julgados, pode representar o risco de falta de acesso à prestação jurisdicional ensejadora da efetivação do julgado, da multiplicação de liquidações e execuções, com o asseio do Judiciário, além da decorrente quebra de isonomia em relação ao direito e da falta de equilíbrio na relação processual.” (MENDES, A. G. de C. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para tutela dos direitos individuais homogêneos, p. 302).

<sup>474</sup> Nesse sentido: TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 28-25. Reconhecendo esse perigo, Elton Venturi comenta que o art. 100 do CDC prevê a “possibilidade de que, uma vez decorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, a que se refere o art. 95, sem a habilitação, para fins de liquidação e execução, de um número de interessados compatível com a ‘gravidade do dano’, intervenha qualquer dos legitimados mencionados no art. 82 do CDC para promover a liquidação e execução da liquidação devida. Percebe-se aqui, nitidamente, que buscou o legislador inserir, dentro do instrumental coletivo disponibilizado às vítimas de eventos danosos produzidos a seus direitos individuais homogeneizados, uma maneira de, mesmo diante de sua omissão em buscar as reparações individuadas a que fariam jus, não deixar impune o responsável pela prática lesiva.” (VENTURI, E. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 153-154). Essa sistemática, semelhante ao *fluid recovery* das *class actions* do direito norte-americano, não parece ter vingado satisfatoriamente no Brasil.

curar, na experiência e com os recursos fornecidos pela administração, uma solução processual que restaure a promessa de efetividade contida no processo coletivo, especialmente na fase de execução de sentença, ainda que tal solução, caso operacional, não guarde correspondência com a técnica apontada pelo sistema legal defasado.

Assim, por exemplo, um juiz pragmático não desprezaria, a par do sistema de execução previsto no CDC, a possibilidade de promover a satisfação dos direitos individuais homogêneos reconhecidos na sentença sem execução individual,<sup>475</sup> valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas ou subrogatórias. Ou, a despeito da regra contida no art. 95 do CDC, quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, indicar, na própria sentença coletiva, esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual, determinando que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento direto da quantia respectiva a cada um dos membros do grupo.<sup>476</sup>

Criativamente, ainda, a depender da causa e do réu, poderá determinar o depósito em conta corrente ou poupança (se o réu for um banco e causar danos aos seus correntistas), o abatimento do valor na conta de luz ou de água (se o réu for uma companhia de energia ou de abastecimento de água), ou o creditamento do valor em folha de pagamento etc.<sup>477</sup>

Note-se que tais soluções não representam ofensa a direitos fundamentais, nem se traduzem em puro ativismo inconsequente. Representam, sim, uma necessária reação judicial à insuficiência legislativa que impede a plena realização das promessas de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, por meio da tutela coletiva. As soluções pragmáticas, alimentadas pela criatividade judicial, sempre se orientam por um norte axiológico, previamente definido. As soluções pragmá-

---

<sup>475</sup> Na opinião de Antônio Gidi, “O processo de execução é a prova de que o sistema judicial brasileiro não goza de qualquer respeito pela sociedade. Em um país sério, sentença se cumpre, não se executa.” (GIDI, A. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil, p. 318).

<sup>476</sup> Essas ideias constam no Projeto de Lei 5.139/2009, do Poder Executivo Federal, que visava a disciplinar a nova ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Infelizmente, o auspicioso projeto foi sumariamente arquivado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, ao argumento de “falta de discussão com a sociedade” e de “excessivo poder aos juízes e ao Ministério Público”. Atualmente, um novo Projeto de Lei (4.484/2012) foi apresentado, agora pelo Deputado Antônio Roberto (PV/MG), repetindo grande parte das disposições do projeto anteriormente arquivado.

<sup>477</sup> Sugestões como essas são compartilhadas por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, A. G. de C. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para tutela dos direitos individuais homogêneos, p. 301).



ticas propostas para a realização da sentença coletiva de direitos individuais homogêneos, apesar de não estarem no mesmo sentido do texto legal, vão ao encontro do texto constitucional, que promete a prestação jurisdicional adequada, efetiva (art. 5º, XXXV) e tempestiva (art. 5º, LXXVIII).

Essa iniciativa criativa do juiz pragmático no processo coletivo será ainda mais otimizada contando com a cooperação das partes.<sup>478</sup>

#### 4.5.2.2 Experiências pragmáticas de sucesso no cumprimento de sentenças coletivas

O autor desta tese teve a oportunidade de verificar, na prática forense, como magistrado federal, o sucesso de uma solução processual pragmática, no âmbito da realização de sentença coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos de servidores públicos federais.<sup>479</sup>

É interessante descrever essa experiência, dada à oportunidade contextual.

A sentença coletiva transitou em julgado (na verdade, o respectivo acórdão), condenando uma autarquia federal ré a pagar, aos servidores públicos federais substituídos pelo sindicato autor, o valor do auxílio alimentação nos períodos de férias, licença-prêmio e licença saúde.

Contabilizaram-se cerca de 5.600 servidores beneficiários da sentença coletiva. Cada qual teria para receber um valor aproximado de R\$1.000,00. A prevalecer o sistema legal de execução da sentença coletiva previsto no CDC, valorizando a autonomia individual, o juízo federal poderia esperar o ajuizamento de até 5.600 execuções individuais da sentença coletiva, isoladas ou em conjunto. Número esse que poderia ser duplicado caso a autarquia requerida resolvesse, por qualquer razão, oferecer embargos em cada execução proposta.

Não é preciso qualquer preparo técnico ou experiência para intuir que a superveniência de quase dez mil execuções/embargos, apenas em relação a uma sentença coletiva transitada em julgado, representaria, senão a inviabilidade, certamen-

---

<sup>478</sup> Convém lembrar, nessa observação, a lição de Carlos Cossio, segundo a qual “a sentença como fato da experiência jurídica é a conduta do juiz, interferindo com a das partes, com o sentido axiológico conceitualmente pensado nas normas processuais.” (COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial: las lagunas del derecho: la valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 95-96, tradução nossa).

<sup>479</sup> 5ª Vara Federal de Curitiba, autos 2001.70.00.040170-0/PR, ação civil pública proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação de 3º Grau Público de Curitiba, Região Metropolitana e Litoral, contra a Universidade Federal do Paraná, visando ao recebimento, pelos servidores públicos federais substituídos, do auxílio alimentação durante o gozo de férias, licenças-prêmio por assiduidade e para tratamento de saúde.

te uma drástica queda na qualidade dos serviços jurisdicionais prestados pelo juízo federal, que teria que mobilizar grande parte de seus recursos materiais e humanos para dar conta de tão expressivo volume de processos novos.

E não só isso. A possibilidade de debate em cada execução, via embargos, protrairia no tempo, de forma significativa, o recebimento das verbas pelos beneficiários, os quais já haviam aguardado demasiado tempo para obter o trânsito em julgado da sentença coletiva de procedência.

Esses prognósticos levaram a equipe judicial a engendrar, criativa e pragmaticamente, uma solução diversa. Levando em consideração que a autarquia federal dispunha da relação dos servidores beneficiários, com os dados atinentes aos períodos em que incidiriam as verbas alimentares, optou-se por estabelecer, cooperativamente, que a própria requerida apresentasse o cálculo das verbas devidas a cada servidor.<sup>480</sup> Os critérios para esse cálculo foram estabelecidos em audiência previamente designada para esse fim, considerando os termos da sentença. Apresentada a memória atualizada do cálculo para todo o universo dos servidores beneficiados, o sindicato apenas procedeu à sua conferência, anuindo com os valores e com a relação definitiva dos beneficiários. À vista dos valores apresentados e conferidos, foram expedidas as respectivas requisições de pagamento em nome de cada servidor beneficiado, por meio de *software* especialmente desenvolvido para esse fim, pela administração judiciária central.<sup>481</sup> Os servidores passaram a receber os valores devidos, sem a necessidade de vir a juízo individualmente. Dinheiro depositado em conta.

Todo esse trabalho – da decisão pragmática<sup>482</sup> até o pagamento dos beneficiários – levou cerca de sete meses! Isso considerando que foram concedidos prazos elásticos para a produção e conferência dos cálculos. Tal duração pode ser considerada insignificante perto do que seria caso o sistema legal do CDC fosse literal-

---

<sup>480</sup> No sentido dessa iniciativa, observa Roberto Omar Berizonce: “[...] a atuação judicial na etapa de execução de sentença não haverá de consistir na imposição compulsiva de uma condenação, entendida como uma ordem detalhada e autossuficiente, senão como o seguimento de uma instrução fixada em termos mais ou menos gerais, cujo conteúdo concreto haverá de ser construído a partir do diálogo que necessariamente se produzirá entre as partes, incluindo a autoridade pública demandada, e o tribunal. Em consequência, na etapa de execução corresponderá à autoridade pública demandada (e vencida) determinar o modo mais adequado de cumprir com a sentença condenatória e, por sua parte, o tribunal atuante controlará a adequação das medidas concretas da ordem que transmitiu.” (BERIZONCE, R. O. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*, p. 63, tradução nossa).

<sup>481</sup> No caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado em Porto Alegre/RS.

<sup>482</sup> Vide os ANEXOS 1 e 2: a primeira decisão, proferida nos autos 2001.70.00.040170-0/PR, bem como a ata da audiência em que foram definidos os critérios de cálculo, constam desses anexos, respectivamente.

mente aplicado.<sup>483</sup> E ninguém veio reclamar que foi violado o seu direito de vir a juízo, individualmente, para pleitear o dinheiro recebido.

A solução processual encontrada não corresponde ao sistema legal. Mas, nem por isso deixou de ser adotada e satisfatoriamente empregada.

A solução – conciliatória, administrativamente ótima e economicamente excelente – foi pensada a partir de suas consequências práticas em termos de prestação jurisdicional. Caso fosse adotada a solução legal, as consequências seriam nefastas, vistas por qualquer ângulo que se queira. Era preciso reagir às circunstâncias. Para o pragmatismo, sempre será possível resolver o problema, desde que não se adote uma postura conformista diante do problema. A experiência sempre vai fornecer novas problemáticas: novos problemas, novos processos, com diferentes demandas e extensões.

E do ponto de vista do jurisdicionado, a experiência permitiu que todos os titulares do direito material – os servidores públicos federais substituídos – recebessem exatamente aquilo que o direito material lhes proporcionaria caso fosse espontaneamente observado. Garantiu-se a isonomia entre todos os membros do grupo. Ninguém ganhou a mais, nem a menos, do que correspondia o seu direito material. E ninguém deixou de ganhar pela inércia em vir a juízo.

Aplicando-se a segunda diretriz pragmática, tal qual na experiência descrita, a prestação jurisdicional alcançará um novo patamar de qualidade, especialmente nos setores menos servidos de regras processuais adequadas e operacionais, como é o caso atual do processo coletivo, notadamente o destinado à proteção de direitos de massa.

#### 4.5.2.3 Soluções pragmáticas do passado: a exceção de pré-executividade e a desconsideração da personalidade das pessoas jurídicas

---

<sup>483</sup> A mesma experiência foi repetida, com absoluto sucesso, em outras ações coletivas envolvendo verbas de servidores públicos federais. Confira-se, no *site* <<http://www.jfpr.jus.br>>, buscando-se os seguintes autos de ação civil pública, os quais tramitaram na 5ª Vara Federal de Curitiba: 2007.70.00032750-2, 2004.70.00.040996-7 e 2006.70.00.011963-9. Foram milhares de ações e execuções individuais a menos. E os beneficiários receberam os valores que tinham direito, sem precisar contratar advogado ou ir a juízo. Para a Fazenda Pública Federal, além da economia do trabalho dos Procuradores Federais e Advogados da União, que não precisaram acompanhar e controlar milhares de ações novas (nem propor ações de embargos à execução), houve ganho econômico real com a sensível diminuição de verbas sucumbenciais (fora a economia indireta, pela redução de gastos com o próprio Poder Judiciário).

O pragmatismo processual, pela sua diretriz antirracionalista, foi o responsável pela construção de várias soluções processuais do passado, ainda que não utilizado esse termo expressamente. Toda solução processual criativa, que não encontra base explícita em regras ou conceitos do sistema, forjada com base em dados da experiência e visando a atingir determinado resultado prático de melhoria da prestação jurisdicional, é pragmática.

Talvez o exemplo mais expressivo seja o da exceção de pré-executividade.

O sistema processual brasileiro, no tocante à execução, sempre considerou que a defesa do executado deveria ser precedida de garantia do juízo pela penhora, caução ou depósito.<sup>484</sup> Entretanto, a experiência passou a demonstrar que essa exigência, em muitos casos, era injusta ou irrazoável, como quando a execução era manifestamente nula ou o executado não tinha condições econômicas para garantir o juízo e poder se defender.<sup>485</sup> No primeiro caso, criava-se uma situação em que o executado devia submeter seu patrimônio a uma injusta penhora para poder apresentar uma questão jurídica facilmente constatável (a nulidade da execução). No segundo caso, por peculiaridade econômica do executado, fechava-se, completamente, o acesso aos embargos à execução com eficácia suspensiva.

Diante desses problemas, a jurisprudência, inspirada pela doutrina, criou a exceção de pré-executividade,<sup>486</sup> que nada mais é do que uma simples petição do executado, na própria execução, apresentada independentemente de penhora ou de outra garantia do juízo, na qual se pode arguir nulidades processuais ou outras matérias de ordem pública cognoscíveis de ofício pelo juiz.

A exceção de pré-executividade é uma solução processual pragmática, orientada pela diretriz antirracionalista.<sup>487</sup> Não tem previsão legal e não nasceu de dis-

---

<sup>484</sup> O art. 1.008 do CPC de 1939 determinava que “não serão admissíveis embargos do executado antes de seguro o juízo pela penhora ou depósito da coisa, objeto da condenação, ou seu equivalente.” Na mesma linha seguiu o CPC de 1973, conforme art. 737, somente revogado em 2006, pela Lei 11.382.

<sup>485</sup> MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 152-153.

<sup>486</sup> Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESSUPOSTO. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. PRESCRIÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO. - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o Juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo.” (STJ, 4ª Turma, REsp 157.018/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 17/09/1998, DJ 12/04/1999).

<sup>487</sup> A doutrina processual continua, todavia, disputando a terminologia jurídica do instituto: será “exceção” de pré-executividade?; será “objeção” de pré-executividade?; ou simplesmente “objeção à execução”? Para os pragmatistas, essa discussão é completamente irrelevante e deve ser abandonada de acordo com a primeira diretriz pragmática (antifundacionista). Melhor que se mantenha a denominação original – exceção de pré-

cussões legislativas, mas da “invenção da doutrina”<sup>488</sup> e da prática judiciária,<sup>489</sup> visando a enfrentar um problema constatado na experiência, contra o qual o sistema legal não estava preordenado. Trata-se de uma solução de sucesso que, por não contar com o engessamento legislativo, vai sendo aperfeiçoada pela via jurisprudencial, que atua, no dizer de SÉRGIO NOJIRI, como “um laboratório social, cuja finalidade será a de eliminar eventuais abusos e corrigir evidentes distorções na sua utilização.”<sup>490</sup>

Outro exemplo bem característico de solução processual pragmática, ditada pela diretriz antirracionalista, é a da desconsideração da personalidade das pessoas jurídicas.

Sabe-se que a função primordial da pessoa jurídica é separar o patrimônio afetado ao seu fim social do patrimônio pessoal dos sócios. Todavia, a experiência demonstrou que essa ficção jurídica, não raras vezes, era utilizada para encobrir fraudes e legitimar abusos. Mais uma vez, a doutrina, seguida da jurisprudência, criou um mecanismo processual que permitia a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, possibilitando o alcance dos bens do sócio envolvido na fraude ou no abuso. Não era preciso desconstituir a pessoa jurídica para tanto: a personalidade jurídica era simplesmente desconsiderada, caso a caso, quando revelado o ato ilegítimo.<sup>491</sup>

Não obstante a solução pragmática da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica tenha sido positivada no Código Civil brasileiro de 2002,<sup>492</sup> com referências pontuais anteriores em outras leis,<sup>493</sup> é fato que ela continua a evoluir, pragmaticamente, visando a atingir novas situações fáticas e a produzir cada vez melhores resultados para a otimização da prestação jurisdicional, independentemen-

---

executividade – que já conta com a aceitação social dos usuários do sistema, cumprindo o seu papel linguístico (NOJIRI, S. A interpretação judicial do direito, p. 153-154).

<sup>488</sup> NOJIRI, S. A interpretação judicial do direito, p. 156.

<sup>489</sup> NOJIRI, S. A interpretação judicial do direito, p. 152.

<sup>490</sup> NOJIRI, S. A interpretação judicial do direito, p. 157.

<sup>491</sup> Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi paradigmático o seguinte precedente, o qual contém uma exposição detalhada das diversas correntes doutrinárias sobre a desconsideração da personalidade das pessoas jurídicas: “DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURIDICA. PRESSUPOSTOS. EMBARGOS DE DEVEDOR. É POSSIVEL DESCONSIDERAR A PESSOA JURIDICA USADA PARA FRAUDAR CREDORES.” (STJ, 4ª Turma, REsp 86.502/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 21/05/1996, DJ 26/08/1996).

<sup>492</sup> “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

<sup>493</sup> É o caso do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 135 do Código Tributário Nacional.

te de inovações legislativas. Nesse sentido, são notáveis as construções jurisprudenciais sobre a “desconsideração da personalidade jurídica inversa” – pela qual se alcança o patrimônio da empresa por dívidas do sócio –<sup>494</sup> e a *disregard doctrine* no âmbito do direito de família.<sup>495</sup>

#### 4.5.3 Diretriz da concepção pragmática da verdade

Entre duas ou mais soluções processuais, adotar aquela que apresentar as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

A terceira diretriz pragmática consubstancia a aplicação, no direito processual civil, da concepção pragmática da verdade, auxiliando a sua hermenêutica.

Como já foi salientado, o pragmatismo jurídico oferece uma nova alternativa para a construção do direito, livre do racionalismo e do positivismo jurídico. É função do método processual pragmático estabelecer um critério não-formalista para o jul-

<sup>494</sup> Como se pode notar do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I [...] II [...] III A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 948.117/MS, Rel. Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010).

<sup>495</sup> Nesse sentido existem inúmeros acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a exemplo do seguinte: “APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO. GUARDA. ALIMENTOS. PARTILHA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DANO MORAL. SUCUMBÊNCIA. 1. GUARDA. [...] 2. ALIMENTOS. [...] 3. PARTILHA E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Possível se mostra a desconsideração da personalidade jurídica da empresa constituída pelo casal, para a qual foram transferidos os bens conjugais e pessoais, pois verificado o intuito de fraudar a meação da esposa, reservando maior participação social ao varão. Neste ponto, ainda devem ser partilhados por metade a cada cônjuge, além dos bens amealhados no decorrer do casamento, aqui incluídas as cotas e as ações das empresas constituídas na constância do matrimônio, a valorização das ações ou quotas sociais do varão, também no período do matrimônio, relativamente às empresas das quais ele já era sócio quando do casamento. Entretanto, tal valorização deverá ser apurada em liquidação de sentença. 4. DANO MORAL. [...] 5. SUCUMBÊNCIA. [...]” (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível 70042329458, Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga, julgado em 24/08/2011, DJ 26/8/2011).

gamento de proposições jurídicas com igual pretensão de verdade. Assim, na avaliação de duas proposições jurídicas, a verdade não será definida apenas pela correspondência da proposição ao conceito, ao sistema jurídico ou à vontade concreta da lei, mas, sim, de acordo com o melhor resultado prático em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

A hermenêutica tradicional continuará fazendo o seu papel e, especialmente nos *easy cases*, poderá ser suficiente para fornecer soluções processuais adequadas ao referencial comum da prestação jurisdicional ótima.

O que o método processual pragmático exige do juiz ou do intérprete é uma questão a mais: que ao final do raciocínio formal, sejam interrogadas as consequências práticas que advirão das suas conclusões.<sup>496</sup>

O juiz ou intérprete pragmatista sempre estimulará seus raciocínios perguntando-se: isso tem possibilidade de dar certo?; O que eu estou propondo é operacional?; A minha solução (decisão) é a melhor em termos de otimização da prática processual?

Se, na antecipação dos resultados possíveis, for verificada a resposta negativa, ou seja, a solução não dará certo, não será operacional, não se direcionará a uma prática processual ótima, então nova solução processual deverá ser buscada ou correções e ajustes na solução original deverão ser empreendidos.<sup>497</sup>

O processo de inquirição das consequências práticas das soluções processuais alvitadas tem papel decisivo no método processual pragmático. Essa é uma exigência indispensável para a construção de um ramo jurídico marcado pela dinâmica e pela operacionalidade.

A aplicação da terceira diretriz pragmática é um importante instrumento para resolver problemas processuais até hoje não solucionados definitivamente, dado que a verdade, no direito processual, tem sido construída com base na metodologia tra-

---

<sup>496</sup> POSNER, R. A. Direito, pragmatismo e democracia, p. 09.

<sup>497</sup> Sem aderir ao pragmatismo jurídico, Karl Larenz afirma que o juiz pode esperar que a lei possibilite uma resolução justa, ou pelo menos plausível sob o ponto de vista da justiça. Mas, “caso se veja defraudado nesta expectativa, isso é para ele motivo suficiente para por em questão e examinar de novo a interpretação por ele até agora aceite. Qual seja a solução ‘justa’ no caso concreto é algo que pode ser muito problemático; para alguns casos não existe seguramente, em absoluto, uma solução que seja a única justa. Mas existem resoluções que são de modo evidente injustas. Se lhe for necessária uma determinada interpretação para emitir uma tal resolução, tal tem para o juiz o significado de um sinal de alarme. O juiz perguntar-se-á então se nas premissas por ele aceitas não se terá acoitado algures um erro, e encontrará, regra geral, uma melhor via. Debruçará a sua atenção para um ‘desenvolvimento judicial do Direito ‘transcendente à lei’.” (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 493-494).

dicional racionalista, que busca suas respostas exclusivamente na correspondência das proposições com o sistema abstrato de normas.

Dois exemplos de aplicação prática dessa diretriz ajudarão a melhor compreendê-la.

#### 4.5.3.1 Apresentação *versus* asserção: qual a proposição verdadeira em relação às condições da ação?

O primeiro exemplo diz respeito à disputa histórica entre as teorias da apresentação e da asserção ou prospectação sobre as condições da ação.<sup>498</sup> Segundo a primeira, as condições da ação devem ser apreciadas pelo juiz considerando não só as afirmações da inicial, como também as provas produzidas durante o processo; pela segunda, tal apreciação deve se dar exclusivamente com base nas afirmações da petição inicial (*status assertiones*).<sup>499</sup>

Considerando-se o teor do art. 267, § 3º do CPC, o qual permite ao juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, a carência de ação (art. 267, VI, CPC), a doutrina brasileira tem apontado que a teoria da apresentação é a verdadeira.<sup>500</sup>

O método processual pragmático objeta essa solução porque não basta, para decidir qual das duas teorias é a verdadeira, recorrer ao sistema legal. Essa primeira etapa não deixa de ser realizada, mas deve ser complementada pela inquirição sobre as consequências práticas da assunção de verdade a uma das teorias ou proposições.

De fato, segundo a referida regra processual, a teoria da apresentação preenche a etapa formal para ser considerada verdadeira, pois apresenta um fundamento legal. No entanto, ao se inquirir sobre as consequências práticas da adoção dessa teoria, em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, a conclusão é pela falsidade, pois a teoria não passa pelo teste pragmático da verdade.

Pode-se antecipar que, prevalecendo essa teoria, os juízes poderão extinguir processos, sem resolver o mérito da causa, por carência da ação, mesmo após

<sup>498</sup> CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria geral do processo, p. 279.

<sup>499</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Manual do processo de conhecimento, p. 70.

<sup>500</sup> DIDIER JUNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 199.



longos anos de embate processual e farta instrução processual.<sup>501</sup> Essa possibilidade antecipável contraria os escopos do processo e viola o princípio da economia processual que justifica a existência de condições da ação.<sup>502</sup> O processo para nada serviu, porque nada resolveu, mesmo podendo resolver.

Um direito processual orientado a uma prestação jurisdicional adequada deve privilegiar a solução de mérito, razão de ser da atividade processual. Em outras palavras, se, ao final da instrução processual, descobre-se a impossibilidade jurídica do pedido, a ilegitimidade de qualquer das partes ou a ausência de interesse de agir, o caminho não é proferir mera sentença terminativa, apegando-se a uma técnica processual inconsequente, mas proferir sentença de mérito de improcedência, suscetível de formar coisa julgada material, com a solução definitiva do litígio.<sup>503</sup> O resultado do processo deve ser útil e a utilidade, no caso, é medida pela capacidade de resolver adequadamente o mérito.

Aplicando-se a terceira diretriz pragmática, a teoria da asserção é tida como a verdadeira.<sup>504</sup> As suas consequências práticas são as melhores para a meta de uma prestação jurisdicional de qualidade. De um lado, porque realiza o princípio da economia processual – única justificativa para ainda se manter as condições da ação –, permitindo que as ações manifestamente inviáveis sejam mais facilmente repelidas, evitando-se perda de tempo e de dinheiro.<sup>505</sup> De outro, porque privilegia o escopo jurídico do processo, que é a resolução de mérito, ligado à própria utilidade dos provimentos jurisdicionais.

---

<sup>501</sup> DIDIER JUNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 199.

<sup>502</sup> CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria geral do processo, p. 276. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, a existência das condições da ação tem um fundamento pragmático. Diz ele: “Se, por alguma razão extraída de elementos da própria situação substancial deduzida na inicial pelo autor, verificar-se de plano que aquele processo não poderá proporcionar resultado útil – entendido este como a solução da crise de direito material –, melhor extingui-lo o quanto antes, evitando perda de tempo e desperdício de energia.” (BEDAQUE, J. R. dos S. Efetividade do processo e técnica processual, p. 236). Mas há quem entenda que a existência das condições da ação é um atrapalho insolúvel, dada às imbricações com o mérito, merecendo, por isso, ser abolida da dogmática processual (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Manual do processo de conhecimento, p. 68-71; DIDIER JUNIOR, F. Curso de direito processual civil, p. 201-202).

<sup>503</sup> Nesse sentido é o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 3ª Turma, REsp 1125128, Rel. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, j. 02/10/2012, DJe 08/10/2012.

<sup>504</sup> Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16/2/2012, DJe 5/3/2012.

<sup>505</sup> Como salientou o Min. Antônio Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.367/DF, a carência de ação, pela falta de interesse de agir, “é posta como causa de trancamento do processo, porque a solução evita o dispêndio inútil de tempo e energias na condução de uma causa insuscetível de produzir resultado prático para o autor.” (STF, Pleno, ADI 3.367/DF, Rel. Min. Antônio Cezar Peluso, julgada em 13/4/2005, DJ 17/3/2006).

#### 4.5.3.2 Autor *versus* Estado: quem é o verdadeiro beneficiário do produto das *astreintes*?

Outra aplicação interessante da terceira diretriz metodológica do pragmatismo processual diz respeito à destinação do valor das *astreintes*.

Segundo o art. 461, §4º, do CPC, para efetivar a tutela específica, o juiz poderá impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. Trata-se da multa coercitiva, conhecida, no direito francês, como *astreinte*, que visa a compelir o réu a cumprir a ordem contida na sentença ou em provimento liminar.

O problema é que, ocorrendo o descumprimento da ordem e a incidência da multa, não se sabe para quem o produto arrecadado será destinado. Não há qualquer norma, no sistema geral de efetivação da tutela específica, constituído pelos arts. 461 e 461-A do CPC, que aponte o beneficiário do valor arrecadado com a multa.

No âmbito na tutela individual, duas proposições para enfrentar o problema surgiram: uma, que destina o valor da multa para o autor;<sup>506</sup> outra, que o destina para o Estado ou fundo/instituição estatal.<sup>507</sup>

Qual das duas proposições deve ser considerada verdadeira, considerando o método processual pragmático?

Segundo a diretriz da concepção pragmática da verdade, verdadeira será a proposição que apresentar as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

A função primordial das *astreintes* na prestação jurisdicional é garantir que as ordens judiciais sejam rigorosamente observadas. É a “eficácia prática da condenação” referida por BARBOSA MOREIRA.<sup>508</sup> Têm como escopo, como já afirmou o Min. LUIZ FUX, quando ainda estava no Superior Tribunal de Justiça, “vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do o-

---

<sup>506</sup> Veja-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 142, dez. 2006. p. 16.

<sup>507</sup> Veja-se: ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, n. 396, abr. 2008. p. 240-248.

<sup>508</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual. 5ª série. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 14.

brigado e da sua recalcitrância.”<sup>509</sup> Em um particular sistema que não tem admitido a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais,<sup>510</sup> a multa cominatória aparece com redobrada importância para conferir autoridade às decisões judiciais. Não é possível imaginar uma prestação jurisdicional efetiva sem um efetivo sistema de coerção.<sup>511</sup>

Considerando esse referencial, o método pragmático, alimentado por dados empíricos, aponta como verdadeira a proposição que reverte para o Estado, ou outro ente público, o valor arrecadado com a multa coercitiva.

Isso porque não ignora que a proposição contrária – a que destina tal valor para o autor – já foi testada na prática, com consequências nefastas para a prestação jurisdicional efetiva.

A experiência já demonstrou, intensa e repetidamente, que os juízes e tribunais, receosos em enriquecer desproporcionalmente o autor, têm fixado o valor da multa em quantias irrisórias ou insuficientes para coagir, enfraquecendo o caráter coercitivo da multa.<sup>512</sup> Além disso, nas vezes em que os juízes fixam a multa em patamares suficientemente altos para servir ao seu propósito coercitivo, as instâncias superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, têm reduzido o valor final.<sup>513</sup> Tudo isso sem falar em outros empecilhos à cobrança imediata e eficaz do valor da multa, sempre em decorrência do mesmo receio de favorecer injustamente o autor

---

<sup>509</sup> STJ, 1ª Turma, REsp 780.567/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007.

<sup>510</sup> Nesse sentido: “HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO. DESOBEDIÊNCIA. NÃO-COMPROVAÇÃO DE DEPÓSITO DE ALUGUÉIS. ILEGALIDADE. JUÍZO CÍVEL. 1. É entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça que decreto de prisão decorrente de decisão de magistrado no exercício da jurisdição cível, quando não se tratar das hipóteses de devedor de alimentos, é ilegal. 2. Habeas corpus concedido.” (STJ, 4ª Turma, HC 125.042/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19/02/2009, DJe 23/03/2009).

<sup>511</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 84-88.

<sup>512</sup> Múltiplos são os exemplos que poderiam ser citados para comprovar essa assertiva. Tomando por base a jurisprudência federal, é possível encontrar inúmeros acórdãos fixando ou revendo a multa diária imposta à Fazenda Pública (normalmente o INSS), em valores irrisórios, em muitos casos no patamar de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) por dia de atraso: TRF1, 5ª Turma, AC 200433000134722, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, julgado em 12/03/2007, DJ 22/03/2007; TRF2, 4ª Turma, AG 200202010058283, Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves, julgado em 08/10/2003, DJ 04/11/2003; TRF4, 5ª Turma, AC 2002.70.09.002122-7, Rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolati, Rel. p/ acórdão Juiz Luiz Antônio Bonat, julgado em 18/12/2007, DE 05/05/2008; TRF5, 1ª Turma, AG 200405000223227, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, julgado em 02/12/2005, DJ 25/02/2005). O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando uma dessas situações, reajustou o valor da multa diária, deferida contra o INSS, de R\$25,00 para R\$80,00 (oitenta reais), considerando haver um atraso de quatro anos no cumprimento de uma ordem de implantação de benefício previdenciário (STJ, 6ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1014737/SE, Rel. Min.ª Alderita Ramos de Oliveira (Des. Conv. do TJ/PE), julgado em 25/09/2012, DJe 03/12/2012). O mesmo tribunal superior já aceitou, como razoável e proporcional, uma multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), aplicada a um dos maiores bancos privados do país, para forçar o cumprimento de ordem de retirada do nome do autor de cadastro restritivo de crédito (STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 658626/SC, Rel. Des. Fed. conv. Carlos Fernando Mathias, julgado em 04/11/2008, DJe 17/11/2008).

<sup>513</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1197415/SC, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, julgado em 07/08/2012, DJe 01/10/2012.

da demanda.<sup>514</sup> Esses mesmos dados empíricos foram constatados no direito comparado, sobretudo na França, onde, em geral, o valor da multa também é destinado ao autor.<sup>515</sup>

Não é possível ignorar essa realidade e continuar a comprometer a eficiência da prestação jurisdicional, com a insistência em destinar o produto pecuniário da multa coercitiva para o autor, mesmo sabendo que essa resposta faz mal ao sistema de justiça, comprometendo a dignidade das decisões judiciais.

Os réus têm perdido o respeito às *astreintes*, seja porque seu valor é rotineiramente baixo, seja porque a probabilidade de cobrança efetiva é pequena. O desrespeito às ordens judiciais é frequente por essa razão. As ordens são descumpridas ou cumpridas com atraso e desleixo. Além disso, os autores passaram a trocar o objeto da demanda pela cobrança da multa, economicamente mais vantajosa, desvirtuando completamente o objetivo do processo. As decisões jurisprudenciais anti-pragmáticas têm arruinado o caráter coercitivo da multa e, com ele, a própria consistência do sistema de justiça. O pensamento jurídico abstrato, sem apego à experiência, pode gerar graves prejuízos ao sistema processual, como tem acontecido nesse caso.

A melhor solução – a solução que oferece as melhores consequências práticas para uma prestação jurisdicional de qualidade – é destinar o valor da multa para o Estado, para um fundo ou para uma entidade com finalidade pública, nunca para o autor. Com essa providência, os juízes e tribunais recobrarão a serenidade para aplicar multas altas o bastante para coagir, sem se preocupar com o enriquecimento injusto do autor, nem com o incentivo à “indústria das *astreintes*.”<sup>516</sup> A multa coercitiva não pode perder eficácia por conta de uma interpretação formalista das normas, desligada da realidade.

---

<sup>514</sup> Um desses empecilhos é condicionar a cobrança da multa à sentença de procedência do pedido, conforme o seguinte precedente do STJ: “As *astreintes* serão exigíveis e, portanto, passíveis de execução provisória, quando a liminar que as fixou for confirmada em sentença ou acórdão de natureza definitiva (art. 269 do CPC), desde que o respectivo recurso deduzido contra a decisão não seja recebido no efeito suspensivo. A pena incidirá, não obstante, desde a data da fixação em decisão interlocutória. No caso concreto, a liminar concedida em sede de tutela antecipada quedou revogada ao fim do processo, face à prolação de sentença que julgou improcedente o pedido, tornando sem efeito as *astreintes* exigidas na ação.” (STJ, 4ª Turma, REsp 1347726/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27/11/2012, DJe 04/02/2013).

<sup>515</sup> Nesse sentido: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 206; SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 444.

<sup>516</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do art. 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 202.

O pragmatismo, caso alcance a dignidade metodológica proposta nesta tese, por certo poderá reorientar essas decisões no sentido de melhor atenderem ao propósito prático das *astreintes*, que é garantir o respeito às decisões judiciais, fortalecendo o sistema de justiça.

#### 4.5.4 Diretriz empiricista

Avaliar as consequências práticas de uma solução processual de acordo com a experiência.

A quarta diretriz está ligada ao empirismo característico de todo pragmatismo.

Mais do que servir como auxílio na tomada de decisões, essa diretriz metodológica impõe um redimensionamento da própria maneira de se fazer direito processual civil.

Na grande maioria das vezes, as soluções processuais preconizadas pela doutrina, influenciando a atividade legislativa, não contam com respaldo empírico. Nenhum diagnóstico ou levantamento de dados é realizado para subsidiar a maioria dos projetos de reforma da legislação processual.<sup>517</sup>

Nas universidades e faculdades de direito, as pesquisas jurídicas se concentram em realizar manipulações abstratas de textos do direito positivo. Os juristas e pesquisadores do direito pouco ou nada conversam com sociólogos, antropólogos e economistas. Os métodos das ciências sociais e do *Law and Economics* são desconhecidos, porque na ciência do direito e do processo não se realizam pesquisas empíricas.

A metodologia jurídica pragmática propõe romper com esse estado da produção do conhecimento jurídico.

Isso porque ela necessita dos dados empíricos para testar suas soluções.

Na aplicação da terceira diretriz pragmática, a verdade é definida de acordo com as consequências práticas de uma determinada proposição. Com isso, deve-se poder antecipar essas consequências para viabilizar a valoração da proposição. Na grande parte das disputas entre duas ou mais soluções processuais possíveis, a fixação das consequências práticas deve trilhar o caminho da pesquisa empírica. A

---

<sup>517</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. La significación social de las reformas procesales, p. 82.

definição sobre qual solução processual oferece a melhor utilidade prática em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva depende da disponibilização de dados empíricos.

O elemento empírico adicionado às elaborações do conhecimento jurídico-processual é revolucionário. A avaliação das soluções processuais preconizadas no plano legislativo não pode continuar sendo realizada sem diagnóstico de realidade. A análise da operacionalidade das soluções propostas depende de levantamento de dados empíricos.

A partir do momento em que as soluções legislativas se processem com base em pesquisas empíricas, todo um desdobramento poderá se verificar nos planos doutrinário e judicial. Juristas e juízes passarão a criar e a avaliar soluções processuais não só pela lógica racional, mas, sobretudo, pelos resultados que esse tipo de pesquisa oferece. A avaliação estatística da qualidade dos serviços judiciários é uma tendência mundial, em relação a qual os juristas não podem se furtar de considerar.<sup>518</sup>

KARL LARENZ, na sua conhecida obra sobre metodologia da ciência jurídica, aponta a necessidade do jurista “obter os dados necessários e o material de experiência das ciências que em cada caso sejam competentes”, ao menos quando se interessar pela “política do Direito.”<sup>519</sup>

No mesmo sentido é a pragmática doutrina de SÉRGIO CRUZ ARENHART, quando afirma que

Exige-se do jurista a capacidade de beber em outros ramos da ciência, interagindo com a sociologia, a filosofia, e economia etc. O que se quer, enfim, é que o jurista seja permeável às influências de outras doutrinas, podendo, então, detectar, com maior precisão e atualidade, o mundo que o cerca e logrando tecer formas de regulação e tutela desta realidade, com a maior rapidez e adequação possíveis.<sup>520</sup>

Não há mais sentido em insistir no purismo da ciência do direito. O trabalho do jurista não se resume a exercícios de lógica jurídica. Não lhe é mais vedado o

---

<sup>518</sup> POSNER, Erik A.; CHOI, Stephen J.; GULATI, Mitu. Judicial evaluations and information forcing: ranking state high courts and their judges. Duke Law Journal, Durham/NC, Duke University School of Law, n. 58/7, abr. 2009. p. 1314-1318; KERN, Christoph A. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, ago. 2011. p. 322-323.

<sup>519</sup> LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito, p. 268.

<sup>520</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17-18.

conhecimento da realidade social como subsídio para conhecer a realidade jurídica.<sup>521</sup>

A terceira e a quarta diretrizes pragmáticas exigem que legislador, jurista e juiz inquiram a operacionalidade das soluções processuais. Para tanto, precisam do subsídio empírico. Devem basear o aspecto dinâmico do processo a partir da realidade e não a partir do pensamento abstrato e conceitual, pois os conceitos não servem para medir operacionalidade.

O afastamento da teoria em relação aos propósitos práticos do processo geralmente provoca disfunções.

A introdução, no CPC de 1973, das condições da ação, atesta essa afirmação.

Como observa EDUARDO DE AVELAR LAMY, a teoria das condições da ação de LIEBMAN não tinha o propósito de orientar a prática forense cotidiana; era descritiva e não empírica; “foi pensada para descrever a realidade e não para conduzi-la nem regulamentá-la.”<sup>522</sup>

Contudo, o legislador brasileiro, por devoção acadêmica, adotou a teoria, introduzindo dispositivos legais a respeito, sem qualquer preocupação pragmática. O resultado não poderia ser diferente: muito se padece, ainda hoje, com os problemas práticos decorrentes dessa instituição, mais atrapalhando e prejudicando do que favorecendo o desempenho da prestação jurisdicional.

Os processualistas continuam discutindo se as condições da ação versam ou não sobre o mérito, se a decisão que não as reconhece faz ou não faz coisa julgada, se uma ação extinta por ilegitimidade passiva pode ou não ser reproposta inúmeras vezes, ainda que com o objetivo de perturbar o suposto demandado.<sup>523</sup> Isso sem falar da disputa, já referida nesta tese, sobre as teorias da asserção e apresentação das condições da ação.

Sob o pálio da carência de ação, muitos juízes e tribunais acabam extinguindo processos, sem resolução de mérito, mesmo após uma longa e custosa tramitação processual. Deixa-se de resolver o litígio, para diminuir a carga de processos, sem se perceber que essa diminuição é ilusória e compromete a prestação jurisdicional adequada. Tudo sem contar que a carência de ação também pode ser

---

<sup>521</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco. Aplicação do direito e contexto social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70-71; ATAÍDE JUNIOR, V. de P. A multa coercitiva como crédito do Estado, p. 13.

<sup>522</sup> LAMY, E. de A. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 107.

<sup>523</sup> LAMY, E. de A. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 107.

usada para sepultar experiências processuais de sucesso, como adiante será demonstrado.<sup>524</sup>

Um outro exemplo dessas disfunções é a manutenção da regra do efeito suspensivo da apelação (art. 520, CPC), o que impede a eficácia imediata das sentenças de primeiro grau e compromete a duração razoável do processo, mesmo existindo pesquisas, baseadas em dados estatísticos, demonstrando que o índice de reforma das sentenças é relativamente baixo, não comprometendo a segurança jurídica.<sup>525</sup>

A implementação da quarta diretriz pragmática exigirá um completo repensar do ensino e da pesquisa jurídicos em direito processual civil. Ensino e pesquisa não poderão partir, apenas, dos códigos e conceitos doutrinários.<sup>526</sup> As universidades e faculdades de direito serão indispensáveis no trabalho de construção do método pragmático, a partir do momento em que fomentem a pesquisa jurídica empírica. Para isso, o método das ciências sociais e econômicas deverá ser ensinado aos alunos do curso de direito e incentivado no âmbito das pós-graduações. As técnicas estatísticas, os métodos de colheita de dados, a maneira de proceder à pesquisa de campo deverão participar dos currículos do ensino jurídico em todos os níveis.

O pragmatismo conclama por um basta às pesquisas jurídicas exclusivamente dogmáticas, cujos instrumentos de investigação se limitem a livros, separatas ou repertórios de jurisprudência. O que não quer dizer que se deva abandonar os levantamentos bibliográficos. Mesmo a metodologia das ciências exatas e naturais recorre à revisão bibliográfica inicial.<sup>527</sup> O que se conclama é que a pesquisa jurídica, especialmente no direito processual, não se esgote na pesquisa das fontes formais.

---

<sup>524</sup> Cf. *infra*: 4.6.3.4.1 O antipragmatismo no STF: caso APADECO/empréstimo compulsório de combustíveis.

<sup>525</sup> BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; VAZ, Maurício Seraphim. Eficácia imediata da tutela jurisdicional: causa de insegurança jurídica ou efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 205, mar. 2012, p. 252-265.

<sup>526</sup> Nesse sentido é a doutrina de Ovídio Baptista: “O Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo uma ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da argumentação forense, ainda não teve seu reingresso autorizado na Universidade brasileira. O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os fatos dando-lhes o sentido de uma norma, mesmo que o processo tenha como objeto a lide, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizara Savigny. O estudante não tem acesso aos ‘fatos’, apenas às regras.” (SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 36-37).

<sup>527</sup> “A pesquisa bibliográfica constitui um tipo específico de pesquisa e também constitui a primeira parte de qualquer outro tipo de pesquisa.” (GUEDES, Enildo Marinho. Curso de metodologia científica. Curitiba: HD Livros Editora, 1997. p. 93).



O que o pragmatismo propõe é a pesquisa jurídica alimentada pela metodologia das ciências sociais e da economia: que os pesquisadores do direito (ao menos os do direito processual) passem a frequentar as ruas, as comunidades, os fóruns e tribunais para realizar pesquisa de campo; que tabulem os dados obtidos e forjem suas conclusões considerando esses dados.<sup>528</sup>

Os debates acadêmicos deverão ser precedidos de informações sobre as qualidades e deficiências dos serviços judiciais, incluindo estatísticas sobre o custo e a duração dos processos.<sup>529</sup> As monografias, dissertações e teses de direito processual com isso poderão responder, mais adequadamente, sobre a operacionalidade das soluções processuais que propõem. A dogmática poderá ser melhor questionada e criticada com dados da realidade. As instituições processuais poderão passar pelo teste pragmático da verdade, desde que o seu funcionamento prático possa ser avaliado, seja por meio de uma percepção subjetiva, seja pelas constatações da sua performance real.<sup>530</sup>

Uma coisa é se ter boas leis processuais; outra é ter boas leis processuais funcionando.<sup>531</sup> O pragmatismo jurídico não se limita à pesquisa das leis, mas vai ao encontro das leis em movimento.

Estrategicamente, as pesquisas de campo em direito deverão começar nos cursos de graduação. Disciplinas sobre a metodologia científica das ciências sociais deverão habitar os novos currículos do curso de direito. A própria disciplina de metodologia jurídica deverá ser reordenada para não se limitar ao ensino de fichamentos e redação “tipo ABNT”. Ensinar o aluno do curso de direito a proceder a levantamentos estatísticos, a colher dados por amostragem, a realizar entrevistas etc., é revolucionário para os padrões atuais dos cursos de direito.

Nenhum estágio metodológico anterior propôs, com tamanha ênfase, a associação do método jurídico com o método das ciências sociais e econômicas. O pragmatismo, nesse sentido, cumpre as aspirações de MAURO CAPPELLETTI, o

---

<sup>528</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 174.

<sup>529</sup> KERN, C. A. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil, p. 334-342.

<sup>530</sup> KERN, C. A. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil, p. 322-323.

<sup>531</sup> Como demonstra a pesquisa empírica sobre os Juizados Especiais Federais Cíveis, levada a termo por Antônio César Bochenek, perante a Universidade de Coimbra, em 2012: apesar de a Lei 10.259/2001, que instituiu esses juizados, ser considerada uma boa lei processual, na prática são inúmeras as dificuldades operacionais, dentre elas a falta de amparo prévio e posterior ao ajuizamento da ação, acarretando prejuízos às partes não assistidas por advogado (BOCHENEK, Antônio César. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais brasileiros, p. 512-515).

maior representante do movimento pelo acesso à justiça, no sentido de ampliar o espectro da pesquisa em direito processual para o âmbito de análise sociológica, política, psicológica e econômica.<sup>532</sup>

Note-se que a consolidação de um novo estágio metodológico para a pesquisa no direito processual é fundamental para um novo estágio metodológico para o próprio direito processual. Se as consequências práticas de uma solução processual devem ser avaliadas de acordo com o que acontece no mundo da experiência, então esse mundo precisa ser conhecido. E para conhecer o que se passa por lá, não há outro caminho que não o da pesquisa empírica.<sup>533</sup>

Ilustrações da aplicação da diretriz empiricista do pragmatismo processual já foram esboçadas quando da demonstração do funcionamento das outras diretrizes metodológicas. Sempre que a experiência é convocada para dar a palavra final sobre a verdade de uma proposição ou solução processual, estará atuando o empirismo pragmático.

Mas, convém adicionar um exemplo para elucidar a aplicação dessa quarta diretriz.

No último grande ciclo de reformas do Código de Processo Civil brasileiro, o art. 219, § 5º, foi alterado pela Lei 11.280/2006 para permitir que juiz, de ofício, pronuncie a prescrição. Na redação anterior, o juiz não podia decretar a prescrição de ofício quando se tratasse de direitos patrimoniais, a não ser para favorecer o absolutamente incapaz. Agora, não existem, legalmente, limites para essa atividade de ofício.

A inovação legislativa não ficou imune às críticas. Muitos doutrinadores passaram a defender a inconstitucionalidade da alteração ou, ao menos, a sua inaplicabilidade,<sup>534</sup> aduzindo que

---

<sup>532</sup> CAPPELLETTI, M., GARTH, B. Acesso à justiça, p. 12.

<sup>533</sup> Essa aspiração pragmática já começa a ser concretizada no Brasil. Após o Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, realizado em Ribeirão Preto/SP, no ano de 2011, produzindo debates relacionados à realização e ao uso das pesquisas empíricas em direito, foi criada a REED (Rede de Pesquisa Empírica em Direito), com o apoio do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Avançada), congregando professores e pesquisadores em torno da melhor compreensão e disseminação das metodologias e ferramentas adequadas à pesquisa jurídica empírica. Sobre a REED, consultar <<http://www.reedpesquisa.org>>.

<sup>534</sup> Para Humberto Theodoro Júnior, “Melhor mesmo seria revogar, *de lege ferenda*, a infeliz inovação, mas, enquanto isto não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 350).

[...] a prescrição é uma posição privada, ou seja, interessa apenas ao particular, não podendo o Estado nela intervir, já que se refere a direitos patrimoniais disponíveis. Não pode o juiz decretá-la de ofício, sob pena de subverter a milenar construção doutrinária e jurisprudencial sobre o instituto da prescrição, com os singelos e cômodos argumentos do legislador em defesa da celeridade e economia processual.<sup>535</sup>

Duas proposições passaram a se rivalizar: uma, defendendo a alteração legal, ao argumento da celeridade e economia processuais, pois o juiz, pronunciando de ofício a prescrição, logo ao começo, eliminaria diversas ações inviáveis; outra, repelindo a mudança, evocando a natureza jurídica privada da prescrição e o princípio da autonomia da vontade do devedor,<sup>536</sup> ao qual seria imposto, injustamente, o “reconhecimento de uma obrigação e uma exoneração que nem sempre correspondem a seus desígnios éticos e jurídicos.”<sup>537</sup>

O que o método pragmático reclamaria para solver essa disputa seria o levantamento de dados empíricos sobre a controvérsia. Uma pesquisa estatística, por exemplo, que demonstrasse se é comum os réus ou devedores renunciarem à prescrição consumada; ou, mais simplesmente, que medisse a proporção entre o número de contestações em relação ao número de preliminares de prescrição; que apurasse se, na prática, em nome da autonomia da vontade defendida pelos críticos da reforma, alguém já se opôs à iniciativa judicial de pronunciar a prescrição. Em suma, haverá, de fato, alguém que se oponha à decretação de ofício da prescrição em seu favor, evocando outros “desígnios éticos ou jurídicos”? De outro ponto de vista, uma pesquisa desse tipo poderia revelar o número de casos em que o autor, após o decreto de prescrição, consegue alegar e provar alguma hipótese impeditiva, suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Com esses dados, a discussão passaria ao plano da realidade, não se limitando ao plano racional.

Em qual das proposições vale a pena apostar?

---

<sup>535</sup> TEIXEIRA, Welington Luzia. A prescrição e a sua decretação de ofício pelo juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 187.

<sup>536</sup> Conforme o magistério de Elpídio Donizetti, “Na incessante busca da celeridade, o legislador estabeleceu mais uma exceção aos princípios da demanda, do dispositivo e da congruência, entre outros, prevendo a ingerência estatal, sem a provocação do interessado, em questão de direito patrimonial disponível. Nos últimos tempos o que se vê, em nome dos mais diversos interesses, nem sempre justificáveis, é a nulificação da autonomia privada pela intervenção estatal.” (DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 331).

<sup>537</sup> THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil, p. 349.

É claro que os críticos da reforma têm argumentos racionais bastante respeitáveis. Porém, se a pesquisa empírica demonstrar que as preocupações que movem os críticos não têm respaldo no cotidiano forense – não há réu que desgoste da solução legal ou autor que consiga evidenciar o erro no decreto antecipado, ao menos em número significativo –, perde-se, completamente, a razão de ser da crítica, porque resta ao nível meramente especulativo.

Por outro lado, se os dados empíricos demonstrarem o contrário, a crítica se fortalece e terá um argumento a mais para propor o abandono da solução legal: o argumento pragmático. Mais ainda: a celeridade e a economia processuais oriundas do novo dispositivo legal poderiam ser evidenciadas (ou não) pela pesquisa, outorgando um substrato empírico à solução legal, evitando que seja apoiada em chutes do pensamento legislativo.

Ainda que o tema da prescrição se situe numa zona cinzenta entre o direito material e o direito processual, é possível aplicar ao caso o método pragmático. Continua-se buscando uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Mas, esse norte metodológico exige não só tempestividade (ligada à celeridade e à economia processuais), como exige adequação (se os réus, na prática, realmente costumavam renunciar à prescrição para provar sua inocência, então essa opção deve ser respeitada).

A avaliação da prescrição de ofício tem que considerar esses dois elementos. Não basta sair pela desculpa da tradição jurídica milenar, nem pela facilidade descriteriosa da economia processual. A pesquisa empírica será fundamental nessa disputa, para revelar o que acontece no mundo real do processo. Caso os levantamentos empíricos tivessem antecedido a edição da lei, certamente que as discussões seriam significativamente menores ou, acaso persistissem, estariam em nível mais qualificado.

#### 4.6 DECIDINDO CONFORME AS DIRETRIZES DO MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO

Apresentadas as diretrizes do método processual pragmático, cumpre aplicá-las, de maneira global e integrada, nos três planos de produção do direito processual – legislativo, doutrinário e judicial. Com isso, poderá ficar clara a funcionalidade do método proposto, com exemplos específicos de atuação em cada plano.

#### 4.6.1 No plano legislativo

As leis processuais são produzidas para atender um sem número de possibilidades. Costumam ser marcadas pela generalidade e abstração. Mas, isso não quer dizer que as leis processuais devam ser produto exclusivo do pensamento ou das operações de lógica jurídica. Dada à operacionalidade que marca o direito processual, as leis processuais precisam ser pensadas para produzirem soluções operacionais.

A terceira diretriz pragmática oferece o norte para o legislador se orientar: suas leis devem produzir as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Mas, para atingir esse desiderato, devem, necessariamente, ser antecedidas de estudos e levantamentos empíricos sobre a realidade do setor a ser atingido, regrado ou alterado: trata-se de uma exigência da quarta diretriz pragmática.

Nesse sentido, é interessante transcrever a crítica às reformas legislativas do processo civil brasileiro, formulada por LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

Atormentados com as reclamações, especialmente aquelas geradas nas grandes cidades ou nos Estados mais populosos, os legisladores, incentivados, orientados ou até mesmo “endossados” por parte da doutrina, têm promovido sucessivas alterações, como num exercício empírico de “ensaio e erro”, buscando fazer, dessas mudanças, bandeiras ligadas à necessária busca de efetividade.

Todavia, as causas, muito amplas e historicamente consolidadas, para a falência do sistema, aqui ou acolá, nesse imenso País, jamais foram atacadas, seja pela via legislativa, seja, sequer, pelo desejável caminho da organização de dados que pudessem orientar, nacional e regionalmente, a formulação de propostas de soluções para tantos e graves problemas de sobrecarga, que pontualmente ocorrem em alguns lugares do País. Não temos dados confiáveis e isentos, colhidos fora dos ambientes puramente corporativos (associações de juízes ou de advogados e os próprios tribunais), que nos permitam identificar onde e em razão de quais motivos o processo é lento, ineficaz etc. Com falta desses dados, nossas reformas legislativas (e mesmo constitucionais, o que é mais grave) ocorrem ao sabor de dados locais, daqui ou dali, sem que se possa promover a devida avaliação da operacionalidade do sistema em todo o País.<sup>538</sup>

---

<sup>538</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 8-9; no mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, J. C. La significación social de las reformas procesales, p. 82.

O “exercício empírico de ‘ensaio e erro’”, referido nesse texto, equivale ao “fazer para ver o que acontece” (*let’s try it and see if it work’s approach*) de OSCAR CHASE,<sup>539</sup> ou seja, é justamente o contrário do que o empirismo pragmatista propõe, que é ver as leis processuais produzidas com lastro em pesquisa de dados da realidade.<sup>540</sup>

Ora, para se ter “dados confiáveis e isentos, colhidos fora dos ambientes puramente corporativos (associações de juízes ou de advogados e os próprios tribunais), que nos permitam identificar onde e em razão de quais motivos o processo é lento, ineficaz etc.”, mais uma vez se torna necessário insistir, conforme a quarta diretriz pragmática, no redimensionamento do papel das universidades em relação à pesquisa jurídica no campo do direito processual. Essa é a chave para inaugurar uma nova fase de elaboração legislativa para o processo civil: universidades fornecendo subsídios empíricos para o legislador formular, no seu plano de atuação, soluções processuais operacionais, que ajudem a otimizar a prestação jurisdicional.

Mas, ainda que a realidade das leis processuais sem diagnóstico impere como regra, exigindo uma reprogramação pragmática, é possível apontar alguns casos em que o legislador brasileiro decidiu de acordo com o método pragmático de legislar.

Esses exemplos são importantes para demonstrar que o pragmatismo já está em campo, muito embora ainda não organizado metodologicamente. Em primeiro lugar, serão apresentados dois exemplos de instituições processuais pragmáticas inseridas no direito positivo, dentro do último grande ciclo de reformas legislativas do processo civil brasileiro (2005/2006). Em seguida, serão tecidas considerações sobre dois importantes instrumentos do método pragmático de legislar: os projetos-piloto, já testados com sucesso no Brasil, e o regime processual experimental, testado na experiência processual portuguesa. Por último, uma reflexão sobre a conveniência de manter a produção de regras processuais no âmbito do Poder Legislativo, considerando o exemplo da experiência norte-americana de delegação normativa ao Poder Judiciário.

---

<sup>539</sup> CHASE, Oscar G. Reflections on civil procedure reform in the United States: what has been learned? What has been accomplished? In: TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo (Coords.). The reforms of civil procedure in comparative perspective. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 167.

<sup>540</sup> Também nesse sentido: NASCIMENTO, Bruno Dantas; KÖHLER, Marcos Antônio. Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 441-442.

#### 4.6.1.1 Pragmatismo nas reformas processuais<sup>541</sup>

Na última grande onda de reformas do processo civil brasileiro, ocorrida a partir de 2005, foi comum, nas exposições de motivos das leis reformadoras, declarações nitidamente pragmáticas, como exemplificadas a seguir:

É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.

[...]

Ponderando, inclusive, o reduzido número de magistrados atuantes em nosso país, sob índice de litigiosidade sempre crescente (pelas ações tradicionais e pelas decorrentes da moderna tutela dos direitos transindividuais), impõe-se buscar maneiras de melhorar o desempenho processual (sem fórmulas mágicas, que não as há), ainda que devamos, em certas matérias (e por que não?), retomar por vezes caminhos antigos (e aqui o exemplo do procedimento do agravo, em sua atual técnica, versão atualizada das antigas ‘cartas diretas’...), ainda que expungidos rituais e formalismos já anacrônicos.

[...]

As teorias são importantes, mas não podem transformar-se em embaraço a que se atenda às exigências naturais dos objetivos visados pelo processo, só por apego ao tecnicismo formal.<sup>542</sup>

“É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação” é proclamação pragmática, como método para agir, que se completa com o reconhecimento de que “as teorias são importantes”, mas não ao ponto de embaraçar o atendimento “às exigências naturais dos objetivos visados pelo processo”.<sup>543</sup> Fica clara a tendência de se levar em consideração os dados da realidade (como o “reduzido número de magistrados” e o “índice de litigiosidade sempre crescente”) para “buscar maneiras de melhorar o desempenho processual”, ainda que, para isso, tenha-se que se desgarrar dos conceitos e sistemas, retomando-se “por vezes caminhos antigos,

---

<sup>541</sup> Para um panorama das reformas processuais pelo mundo, conferir: SOUZA, Miguel Teixeira. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 161, jul. 2008. p. 204-205.

<sup>542</sup> Exposição de motivos da Lei 11.232/2005, que alterou as regras de cumprimento de sentença que condena ao pagamento por quantia certa.

<sup>543</sup> Em relação ao cumprimento das sentenças, tema amplamente impactado pelas reformas, Antonio de Pádua Soubhie Nogueira afirma que “o objetivo das reformas processuais (Leis 10.444/2002 3 11.232/2005) foi preponderantemente *pragmático*, visando, com o *sincretismo*, afastar alguns obstáculos que dificultavam o desenrolar dessa segunda fase do processo, *principalmente a citação (logo, pessoal) do devedor como condição à instauração do cumprimento de sentença*.” (NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Súmula 410 do STJ: breve análise crítica. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 190, dez. 2010. p. 254-255).

rar dos conceitos e sistemas, retomando-se “por vezes caminhos antigos, ainda que expungidos rituais e formalismos já anacrônicos.”

Desse amplo ciclo de reformas processuais, orientado pelo discurso pragmático (mesmo sem usar expressamente o termo), é evidente que nem todas as soluções foram, efetivamente, pragmáticas. Mas, destacam-se, ao menos, dois exemplos de regras processuais produzidas segundo as diretrizes do novo método, a seguir abordados.

#### 4.6.1.1.1 A dispensa de caução na execução provisória (art. 475-O, §2º, II, CPC)

O primeiro exemplo trata da regra do art. 475-O, § 2º, II, do CPC,<sup>544</sup> introduzida pela Lei 11.232/2005, que autoriza a dispensa de caução nos casos de execução provisória em que penda agravo junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Por que a opção do legislador em dispensar a caução pelo exequente, para levantamento de dinheiro ou para prática de atos de expropriação em execução provisória, se o executado ainda está buscando a reforma da sentença ou do acórdão, o que poderá redundar em posterior modificação, anulação ou reforma do título executivo? Em termos pragmáticos: por que o legislador apostou suas fichas nessa solução processual, mais ligada à celeridade e à economia processuais (liberação do dinheiro em execução provisória sem caução), ao invés de outra, mais comum, em que prevaleceria a segurança jurídica (exigir caução na execução provisória até o trânsito em julgado da sentença ou acórdão)?

A resposta encontra-se nas estatísticas judiciais.

---

<sup>544</sup> “Art. 475-O.[...]. §1º. [...]. §2º. A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: I- [...]. II- nos casos de execução provisória em que penda agravo junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.” A Lei 12.322/2010 alterou a redação do inciso, apenas para transformar o “agravo de instrumento” e “agravo”.



Anualmente, gira em torno de apenas 10% o número de agravos de instrumento<sup>545</sup> providos no Superior Tribunal de Justiça; no âmbito do Supremo Tribunal Federal esse número é ainda menor, próximo de 5%.<sup>546</sup>

Essas estatísticas demonstraram ao legislador que a chance de sucesso desses recursos é mínima; a possibilidade de provimento do agravo e reforma da decisão recorrida é remota.

Com isso, restou evidenciado que não valeria a pena acreditar, como diria WILLIAM JAMES, no valor segurança jurídica decorrente da solução em sentido contrário (exigir a caução até o julgamento do último recurso), pois, na prática, as chances de reforma da decisão são mínimas. Diante desse quadro, para uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e com duração razoável, melhor é a solução que privilegia a celeridade processual (dispensar a caução se o agravo é o último recurso).

O pragmatismo, com os expedientes da análise econômica do direito, ajudou o legislador a decidir.

Ainda que não declare isso, o legislador que projetou o novo art. 475-O, § 2º, II, do CPC adotou o método processual pragmático, guiando-se, sobretudo, pela terceira e quarta diretrizes. A solução processual foi mais eficazmente adotada, pois calcada em dados estatísticos sobre o comportamento processual.

#### 4.6.1.1.2 A sentença liminar de improcedência (art. 285-A, CPC)

O segundo exemplo de regra processual produzida segundo as diretrizes pragmáticas é a do art. 285-A do CPC, inserido pela Lei 11.277/2006.<sup>547</sup>

A regra permite que o juiz, em ações com a mesma matéria de direito, dispense a citação do réu e reproduza, de imediato, a sentença de mérito de total im-

---

<sup>545</sup> Atualmente, após a Lei 12.322/2010, que alterou a redação do art. 544 do CPC, o recurso passou a se chamar “agravo nos próprios autos”, tendo por finalidade provocar o conhecimento e julgamento de recursos especiais e extraordinários não admitidos na instância de origem.

<sup>546</sup> Os dados constam dos Relatórios de Atividades anuais do STJ e STF; a propósito, confira-se: MACHADO, Luis Henrique. Agravos driblam filtros dos tribunais superiores. *Conjur – Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-16/agrivos-driblam-filtros-recursos-dirigidos-aos-tribunais-superiores>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

<sup>547</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5(cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

procedência dos casos idênticos e anteriores do mesmo juízo. “Recorta e cola”, se poderia dizer no jargão da informática. Resolve-se o mérito da causa mais rapidamente, sem citação, nem contraditório.

Age, nesse caso, a segunda diretriz pragmática: não descartar uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra do direito processual.

Os processualistas alinhados aos métodos processuais precedentes não aceitam a solução preconizada pelo art. 285-A do CPC, pois o contraditório tem sido ligado à própria noção de processo<sup>548</sup> e é a base do processo cooperativo, matriz do neoprocessualismo.<sup>549</sup> Como dispensar a citação, até hoje por muitos considerada como pressuposto processual de existência?<sup>550</sup> Sem citação, não há processo.<sup>551</sup> Sem processo, não pode a jurisdição ser exercida, pelo que não pode haver resolução de mérito, nem coisa julgada.<sup>552</sup>

Apegando-se rigidamente ao conceito de contraditório, os críticos dessa solução raramente conseguem ver as consequências práticas da regra, em termos de prestação jurisdicional, como aconselha a terceira diretriz pragmática.<sup>553</sup>

Mesmo com a dispensa do contraditório (ao menos antes da sentença), nenhuma das partes do processo é prejudicada em seus direitos processuais. A prestação jurisdicional é entregue mais rapidamente e com menor custo. O princípio do contraditório não pode ser considerado absoluto em situações nas quais sua aplicação não produz consequências práticas relevantes (com ou sem citação, a sentença será de improcedência, como o foi nos casos idênticos anteriores).<sup>554</sup> Pode-se aplicar, nesse particular, a primeira diretriz pragmática, desprezando um conceito processual quando não produzir diferenças práticas.

<sup>548</sup> CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria geral do processo, p. 61.

<sup>549</sup> MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33-39.

<sup>550</sup> ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 479-480; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 404; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALA-MINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 208.

<sup>551</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 179.

<sup>552</sup> THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil, p. 261.

<sup>553</sup> Acerca de pesquisa empírica sobre a aplicação prática do art. 285-A do CPC na rotina da Justiça Federal, inclusive com seus reflexos na duração do processo, consultar: GOMES NETO, José Mário Wanderley; SILVA, José Adelino Domingos da. Da aplicação concreta do instituto da sentença liminar de improcedência na Justiça Federal de Pernambuco: um estudo de caso. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 159, mai. 2008. p. 330-344.

<sup>554</sup> ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. As novas reformas do processo civil. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 122.

Mas, o mesmo exemplo de lei processual pragmática também serve para demonstrar a aplicação da quarta diretriz pragmática no plano legislativo: a gênese do art. 285-A do CPC foi anterior à edição da lei.

A ideia já fazia parte do cotidiano dos Juizados Especiais Federais, positivados pela Lei 10.259/2001. Nesses Juizados, especialmente a partir de 2003, a prática de dispensar a citação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em ações repetitivas, quando o pedido era improcedente *prima facie*, tornou-se usual e sem oposições, revelando-se uma solução que tornava o processo mais barato e eficiente, sem comprometer a prestação jurisdicional.<sup>555</sup>

Apesar de se afastar dos conceitos e princípios comuns do direito processual, a solução, criada na prática, deu certo. E como experiência de sucesso, inspirou a edição da lei que introduziu o art. 285-A no CPC.

Com isso, a experiência ditou a solução processual que, depois de testada e aprovada, foi convertida em regra geral prevista em lei. Mais do que isso: foi adotada como regra processual, ainda que não enquadrada nas balizas conceituais do direito processual civil, especialmente após os influxos do neoprocessualismo.

Todas as diretrizes pragmáticas atuaram na confecção do atual art. 285-A do CPC. E a tendência é que essa solução processual de sucesso se expanda ainda mais, permitindo que o juiz rejeite liminarmente o pedido em outras hipóteses, sobretudo para fazer valer a jurisprudência dos tribunais superiores.<sup>556</sup>

#### 4.6.1.2 Projetos-pilotos

---

<sup>555</sup> TARANTO, Caio Márcio Guterres. Fechamento sistêmico do procedimento dos Juizados Federais pelos precedentes judiciais. Direito Federal. Revista da AJUFE, Brasília, AJUFE, ano 24, n. 91, 1º semestre 2011. p. 16-23.

<sup>556</sup> Nesse sentido caminha o projeto de novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), cujo substitutivo, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em julho de 2013, prevê, em seu art. 333, a improcedência liminar do pedido, nos seguintes termos: “Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – for manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico; V – contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu para apresentar resposta; se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de quinze dias. § 5º Na aplicação deste artigo, o juiz observará o disposto no art. 521.”

No plano legislativo, o método pragmático ainda propõe e endossa uma outra maneira de fazer leis processuais: a partir de projetos-pilotos.

Trata-se de experimentar determinadas soluções processuais antes de positivá-las. Por intermédio de iniciativas diversas – como as da própria administração judiciária, mas não só dela –, organizam-se e estruturam-se experiências em verdadeiros laboratórios de soluções processuais. Essas experiências são controladas e circunscrevem-se a determinados territórios judiciais, por determinado tempo e, normalmente, envolvendo certos litígios em especial. O sucesso desses projetos-pilotos depende, em muito, de um contrato de cooperação entre os diversos participantes do projeto (instituições, juízes, advogados e partes).

A grande vantagem dos projetos-pilotos é a possibilidade de um teste empírico, sem as consequências de uma lei promulgada. Projeta-se uma solução, coloca-se em prática, observam-se os resultados, corrigem-se prontamente as imperfeições. Gradualmente, dentro do espectro de espaço e tempo da experiência, a solução processual é sistematicamente aperfeiçoada, pois não existem engessamentos formais. Evidentemente, até mesmo em projetos-pilotos, em que há efetiva prestação jurisdicional, devem ser preservadas as cláusulas fundamentais do devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa. Mas o clima de cooperação entre os participantes do projeto costuma superar os eventuais entraves e obstáculos.

O sucesso experimental de um projeto-piloto bem estruturado é um caminho seguro para a atividade legislativa posterior. O legislador contará com uma prática-com-êxito para lançar as bases generalizantes de uma lei processual. A solução processual foi testada e deu certo para determinado ambiente. Trata-se, em seguida, de generalizá-la, apenas cuidando para adaptá-la às peculiaridades regionais ou locais.

Esse empreendimento pragmático já foi utilizado para forjar ao menos quatro instituições processuais relevantes da atualidade: os Juizados Especiais Federais, o processo eletrônico, a penhora *on line* e a justiça itinerante.

#### 4.6.1.2.1 Projeto-piloto dos Juizados Especiais Federais

Os Juizados Especiais Federais foram legalmente criados pela Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.

No entanto, suas principais instituições se inspiraram em um projeto-piloto organizado e estruturado a partir da administração judiciária do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pela relevância do caso, vale a pena transcrever o relato da Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, que participou diretamente da experiência, sintetizando as suas principais ocorrências:

Para verificar os possíveis problemas que surgiriam, na prática, com o novo procedimento, menos formal e mais célere, surgiu no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por especial intermédio de seu então presidente, Juiz FÁBIO ROSA, bem como de seu atual presidente, Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI, a idéia de implantação de um projeto piloto de Juizado Especial Federal, a ser realizado no Rio Grande do Sul, que já havia sido pioneiro, como já dissemos, na implantação dos Juizados Especiais na Justiça Estadual.

Conclui-se que as causas mais adequadas para o projeto seriam aquelas relativas à matéria previdenciária, nas quais normalmente o valor é bastante reduzido e as pessoas são mais necessitadas de uma prestação jurisdicional célere. Elaborado um projeto com rito diferenciado, o grande problema era a ausência de poderes dos procuradores do INSS e da União para conciliarem – e a conciliação é, justamente, um dos pontos mais relevantes do Juizado. A ausência de poderes para acordos advinha exatamente da mentalidade limitativa da atuação dos procuradores da Administração, dada a suposta indisponibilidade dos interesses em discussão.

Após diversas tratativas, obteve-se, do então Ministro da Previdência e Assistência Social, WALDECK ORNÉLAS, e do Advogado Geral da União, GILMAR FERREIRA MENDES, a necessária autorização para que os procuradores autárquicos e advogados da União pudessem conciliar, viabilizando, assim, a implantação do projeto. A autorização foi formalizada com a Portaria Conjunta n.º 7.401, de 27 de julho de 2000, *verbis*:

[...]

Foi, então, implantado na 3ª Vara Federal Previdenciária da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, o primeiro Juizado Especial Federal do país, antes mesmo da existência de lei que o disciplinasse, e as primeiras audiências realizaram-se em 1º de setembro do ano 2000.

[...]

Completando um ano, o projeto piloto de Juizado Especial Federal apresenta resultados bastante satisfatórios: tem havido conciliação em cerca de 30% dos casos e a maior parte daqueles em que não é feito acordo são julgados em audiência. Pouquíssimos são os casos em que se faz necessária maior dilação probatória.

Efetivamente, constatou-se que foi conferida grande agilidade às ações submetidas ao projeto, pois pelo menos 70% dos casos foram resolvidos na primeira audiência do “rito especial”.

Foram enfrentadas, logicamente, algumas dificuldades, em boa parte derivadas da inexistência de disciplina legal, bem como da própria ausência de cultura de conciliação na Justiça Federal. Nada obstante, a experiência tem sido extremamente proveitosa, pois revela que boa parte dos casos que ficam anos em tramitação na Justiça poderiam ser resolvidos em acordos, bem como que é possível imprimir um procedimento mais célere aos feitos.<sup>557</sup>

---

<sup>557</sup> FORTES, Simone Barbisan. Juizados especiais federais previdenciários. In: TEIXEIRA, Eduardo Didonet (Coord.) Juizados especiais federais: primeiras impressões. Curitiba: Gênesis, 2001. p. 59-64.

Note-se que toda uma gama de providências preliminares foi necessária para lançar as bases do projeto: definir o tipo de matéria e o público alvo, o ajustamento entre os diversos atores processuais e a delimitação territorial da experiência. Não se tratou de algo espontâneo, surgido da cabeça dos juízes, senão um bem elaborado processo de gestão processual, com profissionais especializados na área administrativa. Os resultados do projeto-piloto foram avaliados pela própria administração judiciária, catalogando-se, estatisticamente, as vantagens e as desvantagens da solução experimentada. Como se nota pelo depoimento transcrito, as vantagens foram maiores do que as dificuldades, aconselhando o aprofundamento da experiência. E, nas experiências seguintes, sabendo-se das dificuldades registradas, ficou mais fácil enfrentá-las pontualmente, aperfeiçoando todo o sistema.

#### 4.6.1.2.2 Projeto-piloto do processo eletrônico

Com o mesmo método pragmático dos projetos-pilotos, procedeu-se à instituição do processo eletrônico no Brasil, posteriormente legalizado pela Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

Mais uma vez, nada melhor do que o testemunho de quem coadjuvou essa história. Trata-se do Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que acompanhou, desde os seus primórdios, os projetos-pilotos de processos eletrônicos, batizados, na região, como *E-Proc*:

Muito embora desde o início a intenção sempre fosse a de melhorar o acesso à Justiça e de desburocratizar as ações judiciais, o processo eletrônico começou de forma muito menos ambiciosa que a evolução que acabou tendo.

Inicialmente era apenas uma forma de peticionamento eletrônico, pela Internet, desenvolvido exclusivamente para o Juizado Especial Federal de Rio Grande, tendo sido instalado em meados do ano de 2002. A petição era enviada para o Juizado de forma eletrônica, onde era impressa e juntada aos autos.

Esse primeiro projeto foi desenvolvido por provocação do Ministro Teori Albino Zavascki, então Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que incentivou a criação de um sistema eletrônico que atendesse aos princípios da informalidade e da simplicidade, próprios dos Juizados Especiais Federais.

Formou-se, então, uma comissão integrada por representantes da Justiça Federal, Ordem dos Advogados do Brasil e Departamento de Tecnologia da Informação da Universidade Federal do Rio Grande, presidida pelo Juiz Federal Diretor do Foro de Rio Grande, e, num prazo recorde de 30 dias, o projeto estava alinhavado.

Contratou-se, a seguir, com verbas próprias, os serviços de uma empresa privada de informática que desenvolveu o *software* e auxiliou na implantação do projeto de peticionamento eletrônico.

Observou-se, então, que esse projeto poderia evoluir para um sistema processual completo, o que acabou sendo feito. Para isso, o suporte do Tribunal Regional Federal tornou-se indispensável. Procuramos o Desembargador Federal Vilson Darós, à época coordenador dos Juizados Especiais Federais, que de imediato lhe deu apoio integral, nomeando uma comissão de juízes federais para, em trinta dias, apresentar um projeto completo de processo eletrônico. Isso foi feito e, em março de 2004, o projeto foi apresentado ao Conselho de Administração do Tribunal, que o aprovou e autorizou o desenvolvimento do *software* e a instalação em quatro juizados para funcionarem como pilotos: Rio Grande-RS, Blumenau-SC, Florianópolis-SC e Londrina-PR.

Reuniu-se uma equipe de quatro técnicos em informática, todos servidores da Justiça Federal, que desenvolveram o *software* sem nenhum custo para a Justiça Federal além dos próprios salários.

O trabalho foi muito intenso, às vezes invadindo a noite e os finais de semana, mas o objetivo foi alcançado: em julho de 2004 foi instalado o programa nas quatro varas piloto designadas pelo Tribunal, dando-se início ao processo totalmente virtual.

Na etapa de desenvolvimento e testes do projeto foram envolvidos não só juízes e servidores dos cartórios dos Juizados Especiais Federais, mas também procuradores federais, procuradores da República e advogados dos três estados do sul do Brasil, a fim de que o processo eletrônico atendesse às demandas não só do Poder Judiciário, mas de todos os envolvidos com a prestação jurisdicional.

Com certeza o sucesso do projeto de processo virtual se deve ao fato de ter sido desenvolvido com o pensamento voltado a atender às necessidades de todos os operadores da Justiça, tanto internamente quanto externamente.

Pois bem, concluída a fase de testes e avaliação nas varas piloto, o Tribunal autorizou a instalação do projeto nos demais Juizados Especiais Federais, de acordo com um calendário preestabelecido. Nesse momento já havia assumido a coordenação dos Juizados Especiais Federais o Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, que chamou para si a responsabilidade pela expansão do processo eletrônico, o que foi decisivo para a superação não só dos percalços que surgem naturalmente quando é implantado um sistema totalmente novo, mas especialmente dos obstáculos criados pelos acomodados e pelos pregadores do apocalipse.

O processo eletrônico foi desenvolvido e implantado praticamente sem custos para o Poder Judiciário, uma vez que aproveitou a rede de computadores e de comunicações já existente e utilizou programas de código aberto, ou seja, aqueles que não pagam licenças para as multinacionais da área de informática.<sup>558</sup>

Desde o simples programa de peticionamento informatizado até o processo eletrônico da atualidade, tudo se deu com base na experimentação empírica prévia, que contou com profissionais especializados em vários setores do conhecimento, especialmente os da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC).<sup>559</sup> Importante registrar que não foi necessário licitar o empreendimento, pois, conforme se depre-

---

<sup>558</sup> GARCIA, Sérgio Renato Tejada. Informatização e prestação jurisdicional: desafios e perspectivas. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/sergio\\_garcia.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/sergio_garcia.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2012.

<sup>559</sup> DANTAS NETO, Renato de Magalhães. Autos virtuais: o novo *layout* do processo judicial brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, abr. 2011. p. 175-183.

ende do depoimento, o processo eletrônico “aproveitou a rede de computadores e de comunicações já existente e utilizou programas de código aberto, ou seja, aqueles que não pagam licenças para as multinacionais da área de informática.” Atualmente, no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, que congrega os três Estados do sul do Brasil, todos os processos são eletrônicos, não sendo mais possível ajuizar qualquer ação judicial que não seja pela via do *E-Proc*.<sup>560</sup>

As regras da Lei 11.419/2006 sobre citação eletrônica, intimação eletrônica, Diário da Justiça eletrônico, entre outras, foram baseadas, em grande medida, nas soluções oferecidas pelas experiências de sucesso dos projetos-pilotos da 4ª Região da Justiça Federal.

A “eletronificação” (*electronification*) do processo é fenômeno mundial, com diferentes graus de progressão, de país para país.<sup>561</sup> Conforme atesta a doutrina de ÁLVARO PÉREZ RAGONE, “el objetivo de una justicia automatizada es la racionalización en las tareas y división del trabajo para el logro de seguridad y eficiencia. La informática ayuda en la actividad procedimental y preparatoria y decisoria.”<sup>562</sup> Não se pode negar, como observa PATRICIA BERMEJO, “la incidencia de los adelantos tecnológicos del mundo moderno en provecho de la celeridad y publicidad procesal.”<sup>563</sup> Apesar do Brasil ainda conviver com o processo físico, em vários segmentos do Poder Judiciário,<sup>564</sup> a tendência é a digitalização integral, como meio pragmático de racionalização das tarefas judiciais.<sup>565</sup>

---

<sup>560</sup> No início do dia 04 de julho de 2013, a página oficial do Tribunal Regional Federal (<<http://www.trf4.jus.br>>) contabilizava a existência de 1.763.606 processos eletrônicos distribuídos nas varas federais da 4ª Região.

<sup>561</sup> GILLES, Peter. Electronic civil procedure (some remarks to general aspects in concern of civil court proceedings, teletechnology and *e-procedural law*). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 158, abr. 2008, p. 190.

<sup>562</sup> “O objetivo de uma justiça automatizada é a racionalização na tarefas e na divisão do trabalho para atingir segurança e eficiência. A informática ajuda na atividade procedimental, preparatória e decisória.” (RAGONE, Álvaro Pérez. En torno al proceso monitorio desde el derecho procesal comparado europeo y hacia un monitorio comunitario: caracterización y elementos. In: SANTOS, Andrés de la Oliva; VÉLEZ, Diego Iván Palomo (Coords.). *Proceso civil: hacia una nueva justicia civil*. Santiago/Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 483, tradução nossa).

<sup>563</sup> “a incidência dos avanços tecnológicos do mundo moderno em proveito da celeridade e publicidade processuais.” (BERMEJO, Patricia. Reclamo de transparencia en el servicio de justicia. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 167, jan. 2009, p. 185, tradução nossa).

<sup>564</sup> LUPOLI, Michele; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Brazilian report on the use of new information technology in the enforcement of judgments. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, abr. 2011, p. 319.

<sup>565</sup> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem trabalhando para levar o processo judicial eletrônico para todos os setores do Poder Judiciário brasileiro, através de *software* próprio, lançado em 21/6/2012 e batizado como “Processo Judicial Eletrônico” ou *PJe* (<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/processo-judicial-eletronico-pje>>). É evidente que existirão dificuldades operacionais até que toda a informatização processual esteja concluída e que todos os sistemas estejam interligados, permitindo o compartilhamento de atos processuais



#### 4.6.1.2.3 A criação da penhora *on line* na Justiça do Trabalho

A penhora *on line* é o nome que popularizou a penhora de dinheiro em depósito bancário ou aplicação financeira, realizada por meio eletrônico.

Essa possibilidade hoje está reconhecida em lei pelo art. 655-A do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.382/2006,<sup>566</sup> podendo ser utilizada por todos os ramos do Poder Judiciário, em qualquer tipo de procedimento, independentemente da existência de outros bens penhoráveis.<sup>567</sup>

Mas tal como se deu com os Juizados Especiais Federais e com o processo eletrônico, não foi a lei que criou essa ferramenta de largo alcance prático para a efetividade das execuções por quantia certa e das medidas que impliquem em constrição forçada de numerários, como as cautelares.

Apesar de não se tratar propriamente de um projeto-piloto, tal qual os referidos na experiência de criação dos Juizados Especiais Federais e do processo eletrônico, a implementação da penhora *on line* merece ser tratada neste mesmo espaço de análise, pois foi produto da criatividade do próprio Poder Judiciário, em parceria com outros órgãos administrativos federais. Foi uma solução processual pragmática, pois não adveio da lei, mas da imaginação administrativa, visando a conferir maior efetividade às ordens judiciais.

O passo significativo para a criação da penhora *on line* se deu por meio do “Convênio BACEN/TST/2002”, firmado entre o Banco Central do Brasil (BACEN) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), visando à cooperação técnica institucional para fins de acesso ao Sistema Bacen Jud.<sup>568</sup> Por intermédio desse sistema eletrônico, o

---

entre justças diversas. Mas esse é um caminho sem volta, sujeito, é claro, a aperfeiçoamentos constantes e permanentes, como toda solução dependente de tecnologia.

<sup>566</sup> “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inc. IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. § 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.”

<sup>567</sup> Esse entendimento já se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça: STJ, Corte Especial, REsp 1.112.943, Rel. Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, julgado em 15/9/2010, DJe 23/11/2010.

<sup>568</sup> Conhecido hoje em dia como “Bacen Jud 2.0”, é um sistema eletrônico de relacionamento entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, intermediado pelo Banco Central, que possibilita à autoridade judiciária

TST e os Tribunais do Trabalho signatários de termo de adesão, poderiam, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras e às demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, ofícios eletrônicos contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelos pactuantes.

A partir desse convênio generalizou-se a penhora *on line* na prática das execuções trabalhistas. Mas não sem oposição. As principais impugnações tachavam de inconstitucional a medida, inclusive com ações diretas no Supremo Tribunal Federal, atribuindo ofensas ao princípio da legalidade, ao direito à privacidade e à inviolabilidade do sigilo bancário.<sup>569</sup> Argumentava-se que a penhora *on line* era ilegal, pois não havia lei que a autorizasse, mas, apenas, convênio interinstitucional, não obstante o Código de Processo Civil, desde longa data, ter arrolado o dinheiro como principal e preferencial bem penhorável.<sup>570</sup>

Apesar dessas resistências, a penhora *on line* resistiu e deu certo, otimizando significativamente as execuções trabalhistas. Mesmo sem lei em sentido formal, ela representou um significativo salto de qualidade para a prestação jurisdicional executiva. O sucesso da iniciativa trabalhista inspirou o alastramento da ideia para favorecer outros ramos do Poder Judiciário.

A iniciar com a edição da Lei Complementar 118/2005, que incluiu o art. 185-A no Código Tributário Nacional (CTN), originando uma nova etapa na consolidação da penhora *on line*: ao menos nas execuções fiscais, estava superado o problema da legalidade da medida, não obstante a criação de um condicionante anti-pragmático: para a utilização do Bacen Jud, se impunha o prévio esgotamento dos meios para localizar bens passíveis de penhora, restrição não havida na experiência pioneira da Justiça do Trabalho.

Um passo a mais foi dado, agora no âmbito da Justiça Federal, com a edição, pelo Conselho da Justiça Federal, da Resolução 524/2006, autorizando os juízes federais a requisitar, via Bacen Jud, o bloqueio/desbloqueio de contas e de ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias. A diferença ficou por conta

---

encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados (cf. <<http://www.bcb.gov.br/?red-bcj2faq>>).

<sup>569</sup> STF, Pleno, ADI 3.091/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ainda não julgada.

<sup>570</sup> O Código de Processo Civil de 1939 assim já o previa em seu art. 930, I.

de que a emissão da ordem poderia ocorrer, desde que requerida pelo exequente, face à inexistência de pagamento da dívida ou garantia do débito, com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial (art. 1º, parágrafo único), contrariamente, portanto, à regra do CTN. Perceba-se que a referida autorização se deu por resolução de um órgão administrativo da Justiça Federal, e não por lei.

Finalmente, a questão se assentou com o novo art. 655-A do CPC, o qual generalizou a possibilidade da penhora *on line*, sem a necessidade de prévio esgotamento das tentativas de localização de outros bens penhoráveis.

Não obstante, ainda foi necessário vencer algumas resistências à utilização da penhora *on line* e do Sistema Bacen Jud pelos próprios juízes. Alguns deles – talvez ainda não suficientemente familiarizados com a informática – entendiam não ter qualquer dever de se cadastrarem no sistema informatizado do Bacen Jud, para viabilizar a penhora *on line*. Foi preciso que o Conselho Nacional de Justiça impusesse o dever de cadastramento no Bacen Jud, em atuação administrativa ratificada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>571</sup>

#### 4.6.1.2.4 Justiça itinerante: a justiça em todos os rincões do Brasil

Dada à grandeza continental do Brasil, com muitas cidades ainda não acessadas por rodovias ou estradas, principalmente no norte do país, é intuitivo que o acesso à justiça precise envolver soluções diferenciadas. A população de Municípios ribeirinhos da Amazônia brasileira, por exemplo, tem natural dificuldade para chegar às sedes das comarcas ou subseções judiciárias federais. Não vão ao fórum por obstáculos não somente geográficos, como também econômicos, sociais e culturais decorrentes da distância territorial. E é difícil imaginar uma interiorização judiciária que consiga chegar, com estruturação de qualidade, a todos esses lugares.

Em função dessas peculiaridades nacionais, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais passaram a organizar um sistema alternativo de justiça, que pudesse se deslocar para essas cidades e atender à população *in locu*, rompendo com os obstáculos ao acesso à justiça. Esse sistema foi batizado como “justiça itinerante”, pois percorre “diversos locais, atendendo aos pedidos, colhendo provas e realizando audiências. A própria sentença é proferida em outro ambiente que

---

<sup>571</sup> STF, Pleno, MS 27621, Rel. Min.<sup>a</sup> Carmén Lúcia, Rel. p/ Ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 07/12/2011, DJe-092 11/05/2012.

não o meio forense.”<sup>572</sup> Como não existem fóruns, “a função jurisdicional ocorre nos mais variados lugares: em escolas, em locais comunitários e em prédios públicos em geral”<sup>573</sup> e rompe com as regras legais de tempo para a prática de atos processuais, pois “opera inclusive em feriados e em finais de semana, fora do experiente normal de trabalho.”<sup>574</sup>

O Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), por exemplo, desde os anos 90 do século passado, já havia constituído o projeto “Justiça Rápida”, em que os juízes das comarcas, acompanhados dos promotores de justiça, defensores públicos e servidores judiciários, realizavam audiências em distritos ou bairros do Estado, servindo-se da estrutura de escolas estaduais e municipais. A “Justiça Rápida”, amplamente divulgada à comunidade local, possibilitava que diversas modalidades de ações judiciais, especialmente na área do direito de família e de registros públicos, fossem processadas e julgadas em poucos dias. O sucesso da operação se devia, em muito, à precisa organização administrativa destinada ao projeto e ao esforço e dedicação de todos os sujeitos processuais envolvidos. Com essas operações, percebia-se, nitidamente, o crédito de confiança da população local ao Poder Judiciário. Muitas pessoas que antes não resolviam seus problemas jurídicos e de cidadania, devido à distância e à onerosidade da “justiça comum”, acabaram por reconhecer na “Justiça Rápida” essa oportunidade para regularizar sua situação jurídica.<sup>575</sup> As experiências de sucesso na implementação da justiça itinerante foram reconhecidas durante o período de discussão da chamada “Reforma do Judiciário”, que desembocou na promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a qual introduziu, na Constituição brasileira, dispositivos contemplando essa solução como dever positivo dos tribunais.<sup>576</sup>

Mais uma vez a lei (no caso, a Constituição) foi baseada em experiência de sucesso, previamente testada e aprovada pela administração judiciária.

Mas a inspiração pragmática da justiça itinerante vai mais longe.

---

<sup>572</sup> FONSECA, Vitor. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, jun. 2010. p. 253.

<sup>573</sup> FONSECA, V. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça, p. 253.

<sup>574</sup> FONSECA, V. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça, p. 253.

<sup>575</sup> ATAÍDE JUNIOR, V. de P. *O novo juiz e a administração da justiça*: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil, p. 109.

<sup>576</sup> O art. 107, §2º, da Constituição passou a estabelecer que “os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.” No mesmo sentido, os arts. 115, §1º e 125, §7º, para os Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça dos Estados, respectivamente.

As experiências da justiça itinerante têm demonstrado que é possível criar um processo civil independente dos rigores formais do Código de Processo Civil. Procedimentos mais flexíveis e rentes às peculiaridades das causas enfrentadas fora do meio forense, envolvendo pessoas carentes, sem, com isso, comprometer as cláusulas que compõem o princípio regulativo do devido processo legal. Pode-se dizer que, sem essa adequação processual, não seria possível concretizar os projetos de justiça itinerante.<sup>577</sup>

O processo civil pragmático se apresenta, na sua inteireza metodológica, nas causas tratadas pela justiça itinerante: todas as quatro diretrizes pragmáticas coordenam-se para conferir operacionalidade à experiência. Nem o Código de Processo Civil, nem mesmo a Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais), oferecem as respostas procuradas para o sucesso desse tipo de empreendimento processual.

Independentemente das causas serem submetidas ao rito dos Juizados Especiais, seus procedimentos são mais simplificados, orais e rápidos. Dadas as características pessoais dos demandantes – muitos são analfabetos ou de pouca instrução, além de casos que envolvem indígenas e estrangeiros de fronteira, sem completo conhecimento da língua portuguesa –, os pedidos precisam ser interpretados extensivamente para abranger todas as possibilidades do litígio. As etapas procedimentais não são as da lei, mas criadas pelo programa, próprias e peculiares: divulgação do programa de justiça itinerante na localidade atendida, recepção dos pedidos (a “atermação” dos Juizados Especiais Federais) e conciliação/instrução.<sup>578</sup> As rotinas processuais, inclusive em relação aos atos de comunicação processual, precisam ser concentradas o suficiente para que a causa seja solucionada durante o próprio programa, sem “voltar ao fórum”, garantindo ao jurisdicionado receber a sua resposta “ao vivo.”<sup>579</sup> O juiz deve aplicar as regras tradicionais do processo, como a aferição das condições da ação, de modo a conferir o maior rendimento possível para o jurisdicionado, sem dilações formais desnecessárias.<sup>580</sup> Mas, isso não quer

---

<sup>577</sup> FONSECA, V. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça, p. 264-270.

<sup>578</sup> FONSECA, V. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça, p. 266.

<sup>579</sup> FONSECA, V. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça, p. 266.

<sup>580</sup> Assim, por exemplo, em demandas previdenciárias ajuizadas na justiça federal itinerante, dispensa-se o prévio requerimento administrativo para demonstração do interesse processual, dado que o INSS nem sempre está presente em todos os Municípios. Nesse sentido: “JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL ITINERANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1 - Cuida-se de recurso contra sentença que julgou procedente o pedido inicial condenando o recorrente a implantar o benefício de pensão por morte rural, com o pagamento das parcelas atrasadas, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora. Em seu recurso, a autarquia previdenciária sustenta apenas a falta de interesse de agir da recorrida visto que essa não

dizer que, em nome da eficiência do processo, devam-se sacrificar os direitos processuais fundamentais do réu ou forçar acordos para o “suspiro de alívio” do juiz, pelo processo a menos.<sup>581</sup> Por isso é importante a cooperação processual, com o fortalecimento de todos os atores processuais envolvidos, especialmente defensores públicos. O espírito da justiça itinerante é ampliar o acesso à justiça e não apenas resolver processos a qualquer custo, afastando a adequação da prestação jurisdicional. Se a intenção fosse apenas reduzir processos, não haveria sentido na iniciativa dos Tribunais em procurar mais demandas pelos rincões do Brasil.

Pelo que se pode perceber, não é possível que a ciência processual continue a ignorar todas essas experiências de sucesso, continuando a tratar o processo civil como uma emanção da lei ou dos conceitos jurídicos. Os manuais de processo civil ignoram completamente os projetos-pilotos e a sua relevância para a formulação de soluções processuais. Essa metodologia deve ser urgentemente incorporada às preocupações dos processualistas, para que possa frutificar de maneira organicamente consistente. É pensar os problemas do dia a dia e lançar, sistematicamente, novos projetos, no âmbito não só dos tribunais, como também nas universidades e em outros setores do governo e da sociedade civil organizada.

#### 4.6.1.3 O regime processual experimental

Semelhantemente à estratégia dos projetos-pilotos, nos quais se tem uma experimentação prévia para orientar a produção legislativa posterior, também é possível aliar a estratégia do regime processual experimental.

---

se socorreu das vias administrativas para ver satisfeito seu direito. 2 - A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, no julgamento do recurso 2005.72.95.006179-0, acórdão publicado em 26 de outubro de 2006, concluiu que "nas ações previdenciárias no âmbito dos JEF's é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEF's, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário". 3 - Entretanto, tal entendimento deve ser flexibilizado no âmbito dos Juizados Especiais Federais itinerantes por suas peculiaridades. A instituição do Juizado itinerante objetivou beneficiar o autor da demanda, garantindo-lhe maior facilidade de acesso ao judiciário levando o órgão prestador da jurisdição a lugares mais distantes das Seções e Subseções Judiciárias, onde a população não tem amplo acesso aos serviços públicos. Assim, não faz sentido condicionar a demanda judicial ao prévio requerimento administrativo do benefício, qualquer que seja ele, junto ao INSS pois tal exigência implicaria em desvirtuar o princípio da inafastabilidade da jurisdição que é princípio informador do Juizado itinerante. 4 - Recurso desprovido. 5 - Sem condenação em honorários advocatícios, uma vez que a parte recorrida não foi assistida por advogado." (TR1-MG, Processo 763428920074013, Rel. Juíza Sônia Diniz Viana, DJ 16/6/2008).

<sup>581</sup> FONSECA, V. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça, p. 268.

Neste, é editada uma lei processual, propondo determinadas soluções processuais. Porém, a lei vem com prazo determinado e com circunscrições territorial e material limitadas. A ideia é testar a lei e as soluções propostas durante certo tempo, em certos locais e atingindo determinados litígios, ou seja, “o rito é sectorialmente experimentado antes de ser generalizado.”<sup>582</sup> Após o escoamento do período de vigência previsto na lei, as soluções processuais são avaliadas e, de acordo com os resultados obtidos, o texto legal pode ter sua vigência definitivamente cassada ou estendida, com ampliação, ou não, dos locais e matérias a serem abrangidos pelo regime processual experimental.

A diferença do projeto-piloto em relação ao regime processual experimental é que, no primeiro, a experiência antecede a lei; no segundo, a lei antecede a experiência. Mas, em ambos a estratégia é experimentar as soluções processuais para avaliar suas chances de sucesso e aperfeiçoar, na prática, seus mecanismos.

O regime processual experimental, apesar de evocar a desconfiança de um “exercício empírico de ensaio e erro” ou de um “processo civil líquido”, pouco amigo de garantias processuais,<sup>583</sup> tem a vantagem de trazer uma disciplina prévia e formal para orientar a experimentação. A lei processual é formal e traz regras formais a serem seguidas, não obstante possibilite uma flexibilização procedimental para viabilizar as adaptações que a experiência exija rumo ao aperfeiçoamento das soluções. Além disso, pelo seu reduzido espectro de atuação (o regime funciona por tempo limitado, em determinado espaço e para resolver certos casos judiciais), o controle é mais intenso, como se a experiência estivesse sendo conduzida com rigor laboratorial. E mais: como não se trata de lei geral e permanente, o eventual insucesso da experiência não implica num geral e permanente desastre (como sói acontecer nas experiências brasileiras de ensaio e erro), a exigir novas leis ou ciclos de reformas. Ela pode ser melhorada e testada novamente. Suas imperfeições são corrigidas mais rapidamente e com custo menor. Ou pode, simplesmente, ser deixada de lado como uma experiência com resultados pouco interessantes em termos de prestação jurisdicional de qualidade.

Essa mobilidade ou plasticidade do regime experimental possibilita uma administração mais adequada de soluções processuais, que não ficam engessadas

---

<sup>582</sup> SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 156, fev 2008. p. 241.

<sup>583</sup> MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 170, abr. 2009. p. 215 e ss.

pela lei geral e permanente, de difícil e custosa modificação, contrariando o aspecto operacional e dinâmico do direito processual.

Caso o legislador brasileiro adotasse o regime processual experimental para buscar melhores soluções para o sistema recursal,<sup>584</sup> por exemplo, talvez não se tivesse que esperar tanto por mudanças, as quais nem sempre apresentam resultados satisfatórios. É o caso do agravo, recurso para impugnar decisões interlocutórias de juízes de primeiro grau (art. 522, CPC), o qual sofreu modificações legislativas sucessivas em todos os ciclos de reforma processual, desde 1995, sem atingir os resultados esperados, em termos de racionalização de seu uso.<sup>585</sup>

Portugal, bem recentemente, adotou a técnica pragmática do regime processual experimental,<sup>586</sup> com vistas à aceleração e à simplificação dos procedimentos civis, como bem descreve JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO:

Na mesma linha das modificações de 1995, o Dec.-Lei 108, de 08.06.2006, trouxe o denominado Regime Processual Experimental. Criou-se, por esse diploma, um regime processual civil mais simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos operadores do direito em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios postos em juízo. A bem da verdade, o que se observa, nitidamente, pela nova regra, é a manutenção do espírito que vem norteando o direito processual civil português, calcado, basicamente, no reforço na participação do juiz e na intensificação da colaboração das partes na solução do litígio.

Trata-se, realmente, de um experimento, visto que sua vigência está restrita, por certo período, a um conjunto de órgãos jurisdicionais. O objetivo está, justamente, centrado no teste e aperfeiçoamento dos mecanismos propostos, antes de alargar o âmbito de sua aplicação. A novel legislação é aplicável nos Juízos Cíveis do Porto, Almada e Seixal e na Pequena Instância Cível do Porto. Tal aplicação especial decorreu da Portaria 955, de 13.09.2006.

É de se observar que buscou o legislador aplicar o novo texto legal em tribunais que apresentem elevada movimentação processual. Sua entrada em vigor ocorreu em 16.10.2006.

Diante do referido caráter experimental são previstos mecanismos de avaliação legislativa, através do Ministério da Justiça. Sua revisão dar-se-á no prazo de dois anos a contar de sua entrada em vigor. Além disso, durante o período de vigência, é garantida a respectiva avaliação legislativa, pelos serviços do Ministério da Justiça competentes para tanto.<sup>587</sup>

---

<sup>584</sup> SILVA, O. A. B. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 253.

<sup>585</sup> WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. Breves comentários à nova sistemática processual civil 2, p. 238.

<sup>586</sup> Vide ANEXO 4 – Exposição de motivos e texto do Dec.-Lei 108, de 08.06.2006.

<sup>587</sup> PINTO, Junior Alexandre Moreira. Regime processual experimental português. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 148, jun. 2007. p. 172-173.



É espantoso ver como o direito processual civil lusitano vem reagindo nos últimos tempos, buscando soluções nitidamente pragmáticas, mesmo com uma tradição secular dogmática e formalista, na linha do pensamento jurídico alemão.<sup>588</sup>

O regime processual experimental português é pragmático porque declaradamente afirma sua “natureza experimental da reformulação da tramitação processual civil”, que “permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação.”<sup>589</sup> Mas também é cooperativo, pois “confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal.”<sup>590</sup>

Apesar de assumir o modelo cooperativo, o regime experimental português “confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a atuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direção do processo e, como tal, pela sua agilização.”<sup>591</sup> Para tanto, impõe-lhe o dever de gestão processual,<sup>592</sup> com os imperativos de adotar a tramitação processual adequada “às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos atos ao fim que visam atingir e de garantir que não são praticados atos inúteis, tendo ainda de fazer uso dos mecanismos de agilização processual que a lei estabelece.”<sup>593</sup> E, de outro lado, impõe que “a entrada em vigor deste regime será precedida pela formação intensiva dos seus destinatários, garantindo-se o conhecimento e a utilização efectiva dos mecanismos aqui previstos.”<sup>594</sup>

O plano legislativo é o mais liberto e o mais franqueado à criatividade de todas as instâncias produtoras do direito processual. Mas não pode continuar produzindo de acordo com a lógica do paradigma racionalista. O método pragmático de legislar o processo civil já deu sinais da sua rebeldia. Leis processuais começaram, ainda que timidamente, a ser projetadas com base em levantamentos empíricos. Os projetos-pilotos já inspiraram grandes instituições processuais, ainda que não conduzidos sistematicamente.

---

<sup>588</sup> MENDONÇA, L. C. de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português), p. 244.

<sup>589</sup> Vide ANEXO 4 – Exposição de motivos do Dec.-Lei 108, de 08.06.2006.

<sup>590</sup> Vide ANEXO 4 – Exposição de motivos do Dec.-Lei 108, de 08.06.2006.

<sup>591</sup> Vide ANEXO 4 – Exposição de motivos do Dec.-Lei 108, de 08.06.2006.

<sup>592</sup> SILVA, P. C. e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental, p. 244-245.

<sup>593</sup> Vide ANEXO 4 – Exposição de motivos do Dec.-Lei 108, de 08.06.2006.

<sup>594</sup> Vide ANEXO 4 – Exposição de motivos do Dec.-Lei 108, de 08.06.2006.

A partir da revelação de que já se vive um novo estágio metodológico do direito processual, com diretrizes antirracionalistas e empiristas bem formuladas, novas experiências pragmáticas, como a do regime processual experimental, poderão auxiliar o caminho rumo a uma prestação jurisdicional mais adequada, efetiva e tempestiva.

#### 4.6.1.4 A delegação normativa do direito processual ao Poder Judiciário na experiência norte-americana

Nos sistemas jurídicos filiados à *civil law*, as regras do direito processual civil são criadas, em geral, pelo Poder Legislativo. Não há país dessa tradição que não tenha seu Código de Processo Civil como espinha dorsal do sistema de justiça civil. Coincidentemente, ou não, esses países são rotineiramente impactados por ciclos de reformas processuais, com novas leis ou novos códigos.<sup>595</sup> Esse fenômeno, como é intuitivo, é decorrente da insatisfação desses países com o funcionamento dos seus sistemas processuais.<sup>596</sup>

No Brasil, compete privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 22, I, Constituição), outorgando-se competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislarem sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, Constituição). A competência legislativa federal é exercida pelo Congresso Nacional (art. 48) e a estadual pelas Assembleias Legislativas (arts. 25 e 27, Constituição).

Como já foi apontado, a produção de regras gerais de direito processual pelo processo legislativo, salvo raras exceções, não tem gerado os melhores resultados em termos de operacionalização do processo e do sistema de justiça.<sup>597</sup>

Essa realidade justifica a indagação sobre a própria produção do direito processual no plano legislativo: será o Congresso Nacional a melhor e mais adequada instância para a elaboração de regras processuais gerais?

Se a produção legislativa, no âmbito do Congresso Nacional, não funciona ou não oferece as respostas operacionais mais adequadas para o direito processual,

---

<sup>595</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. La significación social de las reformas procesales, p. 79-80; SOUZA, M. T. Um novo processo civil português: *à la recherche du temps perdu?*, p. 204-205.

<sup>596</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. La significación social de las reformas procesales, p. 80.

<sup>597</sup> Vide *supra*, 4.6.1 No plano legislativo.

não se podem descartar alternativas para a mesma tarefa, conforme orienta a primeira diretriz pragmática.

Uma das alternativas é a experiência do direito norte-americano, a qual, não obstante tenha raízes na *common law*, apresenta leis escritas (*statutes*).

No âmbito federal, são conhecidas as *Federal Rules of Civil Procedure*, que contêm as regras gerais do direito processual civil para a Justiça Federal norte-americana; além delas, existem estatutos próprios para disciplinar a matéria probatória e os procedimentos criminais, falimentares e recursais.

A diferença é que todas essas regras processuais foram elaboradas no âmbito do próprio Poder Judiciário.

O Congresso norte-americano, em 1934, por intermédio do *Rules Enabling Act* (Ato de Delegação Normativa), autorizou a Suprema Corte a promulgar regras processuais com força de lei.<sup>598</sup> A justificativa para delegar ao Poder Judiciário as regras sobre o processo baseia-se na ideia de que o processo é essencial para o desempenho da própria atividade jurisdicional estabelecida pela Constituição.<sup>599</sup> A partir de 1958, a criação das regras processuais passou a ser conduzida e aprovada pela Conferência Judicial dos Estados Unidos (*Judicial Conference of the United States*),<sup>600</sup> com revisão e promulgação pela Suprema Corte e controle legislativo posterior.<sup>601</sup>

---

<sup>598</sup> MacCABE, Peter G. Renewal of the federal rulemaking process. *The American University Law Review*, Washington/DC, Washington College of Law, n. 44, 1995. p. 1656-1664; RICE, Paul R.; DELKER, Neals-Erik William. Federal rules of evidence advisory committee: a short history of too little consequence. *F.R.D.*, 191/678, 2000. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/short\\_history.pdf](http://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/short_history.pdf)> Acesso em: 08 jul. 2013. p. 2-3; CARRINGTON, Paul Dewitt. "Substance" and "procedure" in the rules enabling act. *Duke Law Journal*, Durham/NC, Duke Law School, v. 1989, n. 2, abr. 1989. p. 281-284; WHITTEN, Ralph U. Separation of powers restrictions on judicial rulemaking: a case study of federal rule 4. *Maine Law Review*, Portland/ME, University of Maine School of Law, n. 40, 1988. p. 42-48.

<sup>599</sup> WHITTEN, R. U. Separation of powers restrictions on judicial rulemaking: a case study of federal rule 4, p. 57.

<sup>600</sup> Criada pelo Congresso, em 1922, a Conferência Judicial é presidida pelo Ministro Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte e composta pelos Juízes Presidentes (*Chief Judges*) de cada um dos 13 circuitos federais (equivalentes aos Tribunais Regionais Federais brasileiros), além de um juiz federal vitalício de cada circuito (*Article III Judge*), eleito pelos pares do respectivo circuito, e do *Chief Judge* da Corte de Comércio Internacional. A Conferência Judicial é a voz do Poder Judiciário da União e suas funções se assemelham às do Conselho Nacional de Justiça do Brasil (art. 103-B, Constituição). Sua atribuição fundamental é a supervisão administrativa e financeira das cortes federais americanas. Ela aprova o orçamento do Judiciário federal, procede ao levantamento das condições administrativas de cada corte e projeta planos de uniformização de procedimentos administrativos. Também submete ao Congresso os projetos de lei de interesse judiciário e expede regulamentos para fiel execução das leis aprovadas. A Conferência ainda é destinada a função de expedir regras para os Conselhos Judiciais de cada circuito em matéria de procedimentos disciplinares contra juízes. A Conferência Judicial se reúne duas vezes por ano, em março e em setembro. Mas a maior parte do trabalho da Conferência é realizada por intermédio do Sistema de Comitês (*Judicial Conference Committee System*), que tem por função discutir as questões judiciárias em seus vários campos de interesse, envolvendo os diversos setores da magistratura e da própria sociedade civil organizada, para fornecer subsídios para a atuação da própria Conferência Judicial. O

O resultado é, em geral, positivo.<sup>602</sup> Basta lembrar que a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, revista em 1966, tratando das *class actions* (ações coletivas), tem inspirado muitos países em matéria de direito processual coletivo.<sup>603</sup>

Não há déficit democrático, pois o poder normativo, em matéria processual, conferido ao Poder Judiciário, não só é objeto de delegação formal por parte do Congresso americano, como se submete ao controle legislativo *a posteriori* (*shared rulemaking power*).<sup>604</sup> O Congresso tem sempre a possibilidade de afastar ou modificar as normas formuladas pelo Poder Judiciário.<sup>605</sup> Além disso, a discussão das propostas de regras processuais, no âmbito dos respectivos comitês, é ampliada de

---

comitê central é o Comitê Executivo (*The Executive Committee of the Conference*), composto de sete juízes que já fazem parte da Conferência Judicial, possuindo diversas atribuições relevantes: adotar decisões de urgência que sejam necessárias, preparar a agenda da Conferência, resolver diferenças entre os comitês, aprovar os planos de gastos para cada ano fiscal e desempenhar ações de coordenação legislativa. Vinculados ao Comitê Executivo, existem diversos comitês, criados para pensar setores específicos da atividade judiciária, os quais são compostos, em sua maioria, por juízes federais vitalícios (*Article III Judges*). No entanto, deles participam também juízes estaduais, juízes de pequenas causas (*Magistrate Judges*) e juízes de falências, além de advogados e professores de direito, aumentando o espectro de participantes das discussões. Não obstante, poucos comitês incluem participantes com direito a voto, que não sejam juízes federais vitalícios (*Article III Judges*). O mandato dos membros dos comitês é de três anos, permitida uma recondução. Um desses comitês é o Comitê Permanente de Regras (*Standing Committee on Rules*), ao qual estão vinculados cinco comitês consultivos específicos: Comitê Consultivo para Regras Recursais (*Advisory Committee on Appellate Rules*), Comitê Consultivo para Regras Falimentares (*Advisory Committee on Bankruptcy Rules*), Comitê Consultivo para Regras Processuais Cíveis (*Advisory Committee on Civil Rules*), Comitê Consultivo para Regras Processuais Penais (*Advisory Committee on Criminal Rules*) e Comitê Consultivo para Regras sobre Provas (*Advisory Committee on Evidence Rules*). Os comitês consultivos procedem ao estudo contínuo das condições de operacionalidade das regras processuais federais das respectivas áreas. Esses estudos são empíricos e interdisciplinares, diagnosticando a realidade da aplicação das normas processuais. Com base nesses estudos, formulam propostas de novas regras processuais ou alteração nas regras existentes. Essas propostas geralmente são publicadas e discutidas com os juízes, advogados, professores de direito e outros representantes da comunidade jurídica. A partir desses debates, os comitês consultivos podem modificar as regras propostas, melhor ajustando-as às necessidades do sistema de justiça. Uma vez aprovadas no Comitê Permanente, são encaminhadas para aprovação pela Conferência Judicial e, em seguida, pela Suprema Corte, a quem cabe a aprovação final no âmbito judiciário. As regras processuais aprovadas pela Suprema Corte são encaminhadas ao Congresso até 1º de maio, para surtirem efeito a partir de 1º de dezembro do mesmo ano, tornando-se lei, a menos que o Poder Legislativo, dentro desse prazo, as rejeite ou as modifique, o que não sói acontecer. Para maiores detalhes sobre a competência e atuação da Conferência Judicial dos Estados Unidos ver: ATAIDE JUNIOR, V. de P. O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil, p. 130-133; RICE, P. R.; DELKER, N.-E. W. Federal rules of evidence advisory committee: a short history of too little consequence, p. 2-3.

<sup>601</sup> RICE, P. R.; DELKER, N.-E. W. Federal rules of evidence advisory committee: a short history of too little consequence, p. 2-3.

<sup>602</sup> É claro que não faltam discussões sobre os limites da delegação normativa ao Poder Judiciário para editar regras processuais, de maneira a não afetar direitos materiais, cuja disciplina é reservada ao Congresso. A propósito, ver: CARRINGTON, P. D. "Substance" and "procedure" in the rules enabling act, p. 281-284; WHITTEN, R. U. Separation of powers restrictions on judicial rulemaking: a case study of federal rule 4, p. 42-48.

<sup>603</sup> GIDI, A. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil, p. 30-38; ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 144-151.

<sup>604</sup> WHITTEN, R. U. Separation of powers restrictions on judicial rulemaking: a case study of federal rule 4, p. 59.

<sup>605</sup> CARRINGTON, P. D. "Substance" and "procedure" in the rules enabling act, p. 281-284; WHITTEN, R. U. Separation of powers restrictions on judicial rulemaking: a case study of federal rule 4, p. 42-48.

forma a possibilitar a participação dos vários segmentos envolvidos na prática judiciária.

Mais do que isso, a elaboração das regras processuais obedece à quarta diretriz pragmática, no sentido de que se procede com base em prévio diagnóstico da realidade. Não há “chutes”, nem “exercícios empíricos de ensaio e erro”. As soluções processuais são construídas com lastro em dados concretos. Medem-se as consequências práticas das propostas, as quais, por isso, não são produto exclusivo do pensamento abstrato.

Por essas características, o direito processual norte-americano não passa por ciclo de reformas, nem padece de problemas estruturais crônicos. Isso não quer dizer que não existam problemas e demandas por reformas, especialmente no que diz respeito aos altos custos da fase probatória do *discovery*, a litigância abusiva e temerária e, é claro, atrasos na prestação jurisdicional.<sup>606</sup> A “privatização da administração da Justiça” recebe cada vez mais críticas mesmo nos Estados Unidos.<sup>607</sup> No entanto, não há o engessamento normativo por meio de leis que somente o Congresso Nacional pode mudar. Reconhece-se que a operacionalidade típica das regras do direito processual exige uma outra maneira de se construí-las, sem perda de legitimidade democrática.

Essa experiência de sucesso do direito norte-americano poderia ser adaptada para o Brasil, como forma de enfrentamento pragmático ao problema de ineficiência geral da produção de regras processuais pelo Poder Legislativo.

A Constituição brasileira não proíbe a delegação legislativa e o direito processual não é de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, Constituição). Aliás, essa delegação normativa já acontece em muitos casos, ainda que em assuntos específicos.<sup>608</sup> Se fosse preciso, uma Emenda Constitucional, tão comum na experiência constitucional brasileira, poderia outorgar competência ao Conselho Nacional de Justiça para elaborar as regras processuais, sujeitando-as à aprovação do Supremo Tribunal Federal. Após um período de *vacatio legis*, sem oposição do Poder Legislativo, as normas aprovadas pelo STF se tornariam lei.

---

<sup>606</sup> BONE, Robert Gehlmann. Improving Rule 1: a master rule for the federal rules. *Denver University Law Review*, Denver/CO, University of Denver, v. 87, 2010. p. 287.

<sup>607</sup> STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, mar. 2011. p. 367.

<sup>608</sup> Como exemplos dessa delegação, ver no Código de Processo Civil brasileiro: arts. 123; 124; 154, parágrafo único; 199; 479, parágrafo único; 493; 533; 534; 540; 543-B, §5º; 543-C, §9º; 546, parágrafo único; 547, parágrafo único; 685-C, §3º; 689-A.

Essa proposta é reforçada pelo fato de que a produção de regras processuais pelo Poder Judiciário, mesmo sem delegação legislativa expressa, não é algo desconhecido na experiência brasileira. Os regimentos internos dos tribunais, em especial os dos superiores, como o STF e STJ, são ricos de exemplos de criações normativas em matéria processual. O agravo regimental e a correção parcial são típicos exemplos dessa atividade processual criativa. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o pioneirismo na implantação do processo eletrônico obrigou a administração judiciária a baixar a Resolução 17/2010, disciplinando a tramitação processual eletrônica, criando regras muitas vezes opostas ao Código de Processo Civil, ditadas pela experiência e necessárias às peculiaridades do processo em meio virtual.<sup>609</sup> É, de fato, impossível reger integralmente o processo eletrônico pelo Código de Processo Civil, este que foi pensado para disciplinar o processo em autos físicos, feito de papel e tinta. E a Lei 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, não alcança todas as questões surgidas na prática processual eletrônica, a partir da desmaterialização dos autos.

A proposta de delegação normativa do direito processual ao Poder Judiciário é pragmática e não pode ser descartada por apego às tradições jurídicas do *civil law*, ainda mais neste momento em que se opera a convergência de características entre *civil* e *common law*.

#### 4.6.2 No plano doutrinário

Na sua *magna opus* – a Teoria Pura do Direito –, HANS KELSEN limitava o trabalho da doutrina a fornecer possíveis significações de uma norma jurídica. Segundo o jurista, “ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.”<sup>610</sup>

A doutrina do direito não aceitou a lição.

---

<sup>609</sup> Essa Resolução, no seu art. 16, por exemplo, determina que “nos casos de incompetência, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito”, ao contrário do que prevê o art. 113, §2º, do CPC. Essa regra excepcional se explica pelo fato de que, no processo eletrônico, enquanto não houver interligação de todos os sistemas informatizados dos tribunais, não haverá possibilidade de “remessa dos autos”. A Resolução, no entanto, no parágrafo segundo do mesmo artigo, ressalva que “nos casos de incompetência superveniente, em que os autos devam ser remetidos a outro juízo ou instância que não disponha de sistema compatível, a secretaria onde tramita o feito providenciará a impressão em papel, autuando na forma dos artigos 166 a 168 do Código de Processo Civil.”

<sup>610</sup> KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 472.

Foi além das possibilidades, rebelou-se contra a limitação. Quis-se fonte do direito. Sua influência é sentida pelo número de citações doutrinárias em decisões judiciais e acórdãos dos tribunais superiores.<sup>611</sup>

Bem por isso é que o método processual pragmático propõe uma doutrina que não seja mais fechada em si mesma, ou em seus sistemas.

A primeira diretriz pragmática tem o impacto mais importante nesse plano, rompendo com o purismo lógico-científico.<sup>612</sup> As diferenciações entre categorias ou conceitos processuais que não revelem implicações práticas devem ser desprezadas. Esse desprezo pragmático pela teoria inconsequente não é implicância: é a necessidade de um conhecimento que ajude a melhorar a vida.

As disputas doutrinárias não podem mais se pautar pela elegância dos textos, nem lutar pelo melhor conceito ou pela classificação mais perfeita.

A doutrina pragmática não parte exclusivamente dos textos legais ou dos conceitos. Não os despreza, é verdade, mas vai além, ensinando a pensar com consequências: qual será a consequência prática do que estou propondo?; o que proponho é operacional? Com isso, imputa responsabilidade ética ao doutrinador pelas escolhas que oferece.

A nova maneira de doutrinar implicará na aliança com a administração e a economia.<sup>613</sup> São ciências que ajudam a gerir processos, equacionando as variáveis que compõem a organização processual. Pragmaticamente, o processo é pensado de maneira sistemática como a soma de variáveis: sistema legal, recursos humanos, infraestrutura material, custos, tecnologia disponível etc. Não apenas lógica cartesiana. Toda solução processual deve considerar essas variáveis. Soluções ideais que não respeitam a realidade das instituições judiciárias estão fadadas ao fracasso.

E o processualista precisa considerar isso. Quer dizer, não é possível entender que os problemas de organização judiciária, “alocação de material humano (magistrados e auxiliares do juízo), recursos e meios para a funcionalidade da justiça”<sup>614</sup> não fazem parte das preocupações da ciência processual. Se assim for, as

---

<sup>611</sup> MEIRELES, Edilton. A citação da doutrina nas decisões judiciais no direito comparado. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, abr. 2012. p. 153-154.

<sup>612</sup> Segundo Ovídio Baptista da Silva, “na literatura brasileira, o prestígio das obras institucionais de processo civil é diretamente proporcional ao estilo abstrato, *more geometrico*, utilizado por seus autores. Para nossos manuais universitários, a discussão de algum caso concreto é capaz de desmerecer a ‘pureza’ do direito, maculando-o com a experiência dos práticos forenses.” (SILVA, O. A. B. da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista, p. 37).

<sup>613</sup> DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo, p. 114, nota de rodapé 6.

<sup>614</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. 89.

soluções processuais continuarão a ser formuladas para um mundo ideal, em que o número de magistrados é suficiente, as pautas de audiência são desimpedidas, todos os serviços judiciários são informatizados etc. As soluções processuais devem considerar o mundo real, com suas imperfeições, deficiências e desigualdades regionais.

Assim, por exemplo, uma doutrina sobre Juizados Especiais Cíveis, que se contente em examinar, abstratamente, a Lei 9.099/95, certamente concluirá que o Brasil dispõe do melhor sistema processual para tratamento de pequenas causas (*small claims*).

A lei, de fato, foi revolucionária, do ponto de vista dogmático, quando criou mecanismos especiais para a ampliação do acesso à justiça e a simplificação procedimental.<sup>615</sup> É inegável que houve um movimento ambicioso e consciente, “no sentido de rever integralmente velhos conceitos de direito processual e abalar pela estrutura antigos hábitos enraizados na mentalidade dos profissionais.”<sup>616</sup>

Mas a implantação prática do audacioso projeto legal ainda hoje é deficiente.

Segundo os relatórios e levantamentos de dados do Ministério da Justiça, os Juizados Especiais Estaduais costumam ser considerados como uma “justiça de segunda classe”, que não conta com a estrutura material e humana necessárias para o desempenho de suas missões, as quais acabam sendo frustradas.<sup>617</sup>

Ora, uma doutrina pragmática, que se disponha a estudar os Juizados Especiais, não deixará de fazer o cotejo indispensável entre a lei e sua realidade prática, propondo soluções processuais que levem em consideração esses dados empíricos.

O caso dos Juizados Especiais é a prova mais contundente de que o direito processual, para se efetivar, depende da gestão judiciária. Sem iniciativa e criatividade judiciárias, o direito processual raramente acontece.

Por essa razão, o novo estágio metodológico do direito processual, guiado por diretrizes pragmáticas, exige que o processualista estude outras ciências, como

<sup>615</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual dos Juizados Cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19-26.

<sup>616</sup> DINAMARCO, C. R. Manual dos Juizados Cíveis, p. 19.

<sup>617</sup> Ver, exemplificativamente, o relatório do Ministério da Justiça e do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, de 2006, disponível em: <[http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/pesquisa\\_e\\_dados/diagnostico.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/pesquisa_e_dados/diagnostico.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2013. Para ver a situação estrutural real dos Juizados Especiais Federais, consultar: BOCHENEK, A. C. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais brasileiros, p. 512 e ss.



administração e economia. Inclua, em seus manuais, ao menos um capítulo destinado à administração da justiça. Não ignore a influência da gestão processual sobre o sucesso das instituições processuais.

Assimilando que mais importante do que propor conceitos, é propor soluções processuais que funcionem na prática, a doutrina processual pragmática irá a campo.<sup>618</sup> Se a pesquisa empírica é indispensável para inspirar soluções no plano legislativo, é evidente que a doutrina deverá se responsabilizar, não só pela metodologia apropriada, como pelo próprio material empírico.<sup>619</sup>

Mais do que isso, a doutrina pragmática resgatará a indispensável técnica do estudo de casos, tão frequente no ensino jurídico norte-americano, conforme proposta de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino jurídico universitário suprimissem o estudo de “casos”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e o do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado.<sup>620</sup>

As revistas de processo deverão discutir casos e exibir pesquisas empíricas. Priorizar esses estudos. Aprender com as revistas científicas das ciências sociais e econômicas, incentivando estudos sobre a administração do processo.

É claro que, para a consolidação da proposta pragmática ao nível doutrinário, será preciso humildade. Desapegar-se dos sistemas e dos conceitos tão carinhosamente montados e que tantas glórias renderam, e que ainda costumam render, desde o isolamento científico do direito processual. O jurista terá que descer ao nível dos práticos e dos gestores para construir, com eles, um novo sistema processual, feito para dar certo.

#### 4.6.3 No plano judicial

---

<sup>618</sup> BONE, Robert Gehlmann. Making effective rules: the need for procedure theory. *Oklahoma Law Review*, Norman/OK, University of Oklahoma, v. 61, 2008. p. 319-320.

<sup>619</sup> ULEN, T. S. The unexpected guest: law and economics, law and other cognate disciplines, and the future of legal scholarship, p. 418-423.

<sup>620</sup> SILVA, O. A. B. da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, p. 36.

As quatro diretrizes pragmáticas também interagem no direito processual produzido pelo trabalho dos juízes.

Na pesquisa pela solução processual mais adequada no plano judicial, parte-se dos processos hermenêuticos tradicionais.<sup>621</sup> Expõem-se todas “as possibilidades de significação de uma norma jurídica”, apontando-se os caminhos que a lógica jurídica permite.

Caso seja possível chegar-se a uma solução processual extraída da coerência do sistema jurídico, passa-se ao teste pragmático, inquirindo-se quais as consequências práticas da solução encontrada,<sup>622</sup> em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O juiz, dessarte, interrogará a própria solução: é operacional?; possibilitarás uma boa prestação jurisdicional?; favorecerás os escopos do processo?

Havendo mais de uma solução possível, elege-se aquela que ofereça os melhores resultados, em termos desse mesmo referencial comum.

Não havendo solução satisfatória, recorre-se à criatividade, imantada por princípios de administração e economia, não se descartando uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra do direito processual.

#### 4.6.3.1 Cooperação e gestão processual no direito comunitário europeu: percursos procedimentais, contratualização do processo e calendário processual

A pesquisa pela solução processual mais adequada no plano judicial deverá ocorrer dentro das premissas do processo cooperativo.<sup>623</sup> A criatividade será produto da cooperação entre os diversos atores do processo, sempre buscando o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Para isso, as várias dimensões da oralidade pro-

---

<sup>621</sup> *Vide supra*, item 4.4.3 Diretriz da concepção pragmática da verdade.

<sup>622</sup> BERIZONCE, R. O. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, p. 47.

<sup>623</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. 3; MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 47; CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, dez. 2009. p. 57-61; BERIZONCE, R. O. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas, p. 61-62; SOLUM, Lawrence B. Procedural justice. Law and Economics Research Paper Series, University of San Diego School of Law, paper 12, 2005. Disponível em: <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=sandiegolwps-le>>. Acesso em: 22 mai. 2013. p. 273-284.

cessual devem ser resgatadas.<sup>624</sup> Criar soluções processuais que deem certo – e que ainda gozem de legitimidade democrática –,<sup>625</sup> diante de previsões normativas insatisfatórias ou insuficientes é tarefa que exige participação, diálogo e mediação.

No ambiente processual cooperativo, o método pragmático endossa os deveres judiciais de gestão e de adequação processuais, segundo os quais “o juiz assume o papel de gerente do processo para organizar e conduzir a marcha processual, mediante sua adaptação à complexidade da causa.”<sup>626</sup> Esses deveres são pragmáticos pois permitem a abertura do sistema processual, rompendo “com o apertado regime de legalidade das formas processuais,”<sup>627</sup> tão característico do paradigma racionalista. Por meio da técnica de cláusulas gerais,<sup>628</sup> mas sempre submetidos ao controle legitimador do princípio cooperativo, conferem-se “poderes ao juiz para adaptar a seqüência processual às especificidades da causa apresentada em juízo, reordenando os atos processuais a serem praticados no *iter*.”<sup>629</sup>

No direito comunitário europeu, que tem buscado, incessantemente, ampliar os mecanismos de aproximação e harmonização dos direitos processuais nacionais,<sup>630</sup> de modo a que, dentro ou fora de seus estados, os europeus possam obter uma tutela adequada de seus direitos,<sup>631</sup> o dever de gestão processual, controlado pelo princípio da cooperação, tem se apresentado como uma boa solução.

O novíssimo Código de Processo Civil português, publicado em 26/6/2013, em seu art. 6º, n. 1, prevê expressamente o dever de gestão processual, impondo ao juiz, dentre outros deveres, o de adotar, ouvidas as partes, “mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.” Além disso, pelo seu art. 547, “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.”

---

<sup>624</sup> ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial. In: HIROSE, Tadaaki; SOUZA, Maria Helena Rau de (Orgs.). Curso modular de direito processual civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 229-234; CALMON, P. O modelo oral de processo no século XXI, p. 52-53.

<sup>625</sup> SOLUM, L. B. Procedural justice, p. 275-281.

<sup>626</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 176-177.

<sup>627</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 164, out. 2008. p. 127.

<sup>628</sup> DIDIER JUNIOR, F. Cláusulas gerais processuais, p. 70-79.

<sup>629</sup> GAJARDONI, F. da F. O princípio da adequação formal do direito processual civil português, p. 127.

<sup>630</sup> PRÜTTING, Hans. Fundamentos y tendencias actuales en el desarrollo del derecho procesal civil europeo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 190, dez. 2010. p. 76-78; RAITI, Giovanni. Il cammino della armonizzazione processual-civilistica in ambito comunitario, tra ambiguità ed eccellenze. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 174, ago. 2009. p. 114-118.

<sup>631</sup> RAGONE, Álvaro Pérez. Actividad probatoria transfronteriza dentro de la Unión Europea: perspectivas en la cooperación judicial comunitaria. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 139, set. 2006. p. 79.

De forma semelhante, mas através de variados artigos impondo deveres gerenciais aos juízes, operam as *Civil Procedural Rules* da Inglaterra, de 1998.<sup>632</sup> O aumento do poder dos juízes, para dirigir o processo, simplificar o procedimento e eliminar formalidades supérfluas, também se verifica na França e na Holanda.<sup>633</sup>

Essa tendência pragmática do processo civil na Europa – a construção do processo mais adequado a cada caso –, é reforçada pelas soluções processuais dos “percursos procedimentais”, da “contratualização do processo” e do “calendário processual”, bem marcantes na experiência processual europeia contemporânea, especialmente na França e na Inglaterra.<sup>634</sup>

Pela primeira ideia – percursos procedimentais –, o juiz e as partes, em audiência preliminar, definem qual “percurso procedimental” é o mais adequado, variando de acordo com a complexidade da causa. Segundo REMO CAPONI, “a escolha entre um modelo de processamento ou outro é confiada ao juiz, com a colaboração das partes, e ingressa entre os seus deveres de direção formal do processo.”<sup>635</sup> No direito francês, esses percursos são os *circuits* (*circuit long*, *circuit moyen*, *circuit court*);<sup>636</sup> no direito inglês, são os *tracks* (*small claims track*, *fast track*, *multi-tracks*).<sup>637</sup> Uma vez definido o *circuit* ou o *track*, pode haver readaptação de percurso, na hipótese do caso se simplificar ou se complicar, com pontes de passagem entre procedimentos, sem a necessidade de que tudo tenha que voltar ao começo.<sup>638</sup>

De espectro mais abrangente, a “contratualização do processo” preconiza a “possibilidade de partes e juiz, em clima de cooperação, ajustarem acordo de natureza exclusivamente processual a respeito da condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais.”<sup>639</sup>

---

<sup>632</sup> ANDREWS, N. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 73-79.

<sup>633</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 150, ago. 2007. p. 67.

<sup>634</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 182-184.

<sup>635</sup> CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade na justiça civil, p. 409.

<sup>636</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 182; CARPI, Federico. La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, dez. 2009. p. 298-299.

<sup>637</sup> ANDREWS, N. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 63-64; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, mar. 2009. p. 123-124.

<sup>638</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 183.

<sup>639</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 188.

Isso não significa retornar ao estágio metodológico sincrético do direito processual ou abandonar o caráter publicista das instituições processuais, muito menos contrariar a lógica imposta pelo dever de gestão processual ao juiz. Significa reconhecer que a consensualidade, mesmo em matéria processual, é o melhor caminho para a obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade.<sup>640</sup>

A contratualização permite não só dar nova e consensual regência ao processo, sob controle do juiz, como estabelecer parâmetros de desjudicialização de conflitos,<sup>641</sup> contribuindo para desafogar a máquina judiciária. Assim, os contratos ou negócios processuais ajudam a produzir um processo que atenda, ao mesmo tempo, aos reclamos de cooperação e de pragmatismo.<sup>642</sup>

Por último, como uma particular aplicação da contratualização processual, apresenta-se a solução do “calendário processual”, previsto no direito francês,<sup>643</sup> encampado pelo direito italiano na reforma de 2009,<sup>644</sup> e agora no direito português,<sup>645</sup> consistente na possibilidade do juiz, em conjunto com os advogados das partes, fixar “o calendário do processo, em que se preveem as datas para prática dos atos processuais de instrução e de troca de peças de defesa, bem como da própria decisão.”<sup>646</sup>

O direito processual brasileiro, que vem se preparando para receber uma nova codificação, acena para a recepção dessas soluções processuais pragmáticas do direito comunitário europeu.

Já foi noticiado que o projeto de lei do novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), alberga expressamente o princípio cooperativo.<sup>647</sup> Apesar de não explicitar um dever geral de gestão e adequação processuais, impõe deveres cujo conteúdo, observado em conjun-

<sup>640</sup> KLEMENT, Alon; DAPHNA, Kapeliuk. Contractualizing procedure. Stanford Law School, (paper) 30/10/2008. Disponível em: <<http://www.law.stanford.edu/sites/default/files/event/262167/media/slspublic/Klement,%20Alon.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2013. p. 1-14.

<sup>641</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 160, jun. 2008. p. 62-64.

<sup>642</sup> É interessante observar que a “contratualização processual” já consta da lei brasileira de arbitragem (Lei 9.307/1996), a qual permite que as partes escolham, livremente, as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º, §1º), e prevê que a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na respectiva convenção (art. 21).

<sup>643</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês, p. 64-65.

<sup>644</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 185.

<sup>645</sup> Na audiência prévia prevista no art. 591 do Código de Processo Civil de 2013, pode o juiz “programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respectivas datas.” (art. 591, alínea g).

<sup>646</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 184-185.

<sup>647</sup> Cf. *supra*, 2.4 Neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

to, estabelece esse princípio.<sup>648</sup> A contratualização e o calendário processuais são soluções acolhidas abertamente, ainda que restritos às causas entre pessoas capazes e cujos direitos admitam autocomposição.<sup>649</sup> Não há a previsão, ao menos como no direito francês ou no inglês, de percursos procedimentais (*circuits* ou *tracks*). Nada impede, no entanto, que percursos semelhantes a esses sejam objeto de contrato processual entre as partes.

#### 4.6.3.2 Gestão processual cooperada: caminho para as soluções processuais criativas no Brasil

Segundo o método processual pragmático, todas essas soluções processuais do direito comparado podem inspirar soluções processuais atuais no Brasil, independentemente do advento da nova codificação.

O juiz pragmático incentiva e articula o diálogo, na busca de soluções processuais criativas, chamando audiências especialmente designadas para esse fim ou, se for o caso, utilizando-se da multifuncional audiência preliminar do art. 331 do

---

<sup>648</sup> O princípio de gestão e adequação processuais pode ser extraído do art. 139 do substitutivo aprovado, em julho de 2013, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela duração razoável do processo; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou subrogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito; V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando deparar-se com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover o seu ajuizamento.”

<sup>649</sup> A contratualização e o calendário processuais são previstos no art. 191 do substitutivo aprovado, em julho de 2013, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados: “Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. § 1.º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando o calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 2.º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 3.º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. § 4.º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

CPC em vigor.<sup>650</sup> Os advogados, órgãos do Ministério Público e as partes, impulsionados pelo juiz, e também guiados pelas diretrizes pragmáticas, terão papel fundamental na construção da melhor solução processual: primeiro, porque conhecem dados da realidade que o juiz não conhece; segundo, porque o ponto de vista externo à administração judiciária permite trazer à baila os entraves e obstáculos que costumam dificultar o acesso à justiça ou a otimização da prestação jurisdicional.

Como inspira o direito comunitário europeu, nessas audiências podem ser ajustados os contratos e calendários processuais, os quais as partes e o juiz se comprometem a cumprir.<sup>651</sup> As partes e seus advogados empenham-se para observar as datas de apresentação das provas e arrazoados, o mesmo valendo para o juiz quanto à data para publicar a sentença.

O agasalho desses acordos, se não é a legalidade estrita, será a lealdade processual, imediatamente ligada à ideia de cooperação. Havendo consensualidade, não há causa para alegar violação a qualquer princípio, nem mesmo ao devido processo legal, pois o processo consensualmente construído não pode ser tido como indevido.

Ademais, “como o ajustamento de pontos importantes do processo se dá por meio do consenso, as partes tendem a não apresentar recursos contra decisões proferidas em tal contexto.”<sup>652</sup>

A criatividade pragmática não se limitará ao juiz, às partes e aos seus procuradores: será cooperada em sentido amplo, envolvendo todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo.

Mesmo os servidores do Poder Judiciário terão valiosos elementos para fornecer à solução processual, pois eles conhecem melhor a estrutura humana e material da qual a administração judiciária dispõe para fazer a solução funcionar na prática. Os chefes de secretaria e escrivães, líderes de gestão, podem ser peças fundamentais nessa pesquisa pela melhor solução processual, pois se dedicam a tornar operacionais os serviços de secretaria ou cartório, contando com a experiência na administração de pessoas e processos.

---

<sup>650</sup> A qual, no já referido substitutivo do novo Código de Processo Civil brasileiro, somente seria designada “se a causa for complexa, fática ou juridicamente,” quando “deverá o juiz designar audiência, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes.” (art. 364, §3º).

<sup>651</sup> CARPI, F. La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente, p. 299.

<sup>652</sup> ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 189.

Em casos de maior complexidade técnica, os demais auxiliares do juízo, como os peritos ou as equipes multidisciplinares, poderão fornecer os subsídios adequados para a formulação da melhor resposta em termos de desempenho do processo.<sup>653</sup>

O método processual pragmático propõe trazer o administrador, enquanto profissional da Ciência da Administração, para coadjuvar processos de tomada de decisões processuais.<sup>654</sup> Isso porque nem sempre o juiz, em conjunto com sua equipe, com os advogados e as partes, tem experiência e/ou criatividade suficientes para a elaboração de soluções operacionais, dentro do universo de condições humanas, materiais e tecnológicas disponíveis. O administrador não precisa se limitar a agir como se fosse perito de um processo específico. Ele pode agir como consultor. Pode realizar diagnósticos operacionais e propor soluções gerenciais que otimizem o trabalho judiciário.<sup>655</sup>

O pragmatismo processual, como novo estágio metodológico para o processo civil, será consolidado nas mesas de audiência e nas reuniões com os advogados e promotores.

Foi o que aconteceu na experiência relatada das ações civis públicas conduzidas na 5ª Vara Federal de Curitiba, quando foram traçadas as novas sistemáticas para o cumprimento de sentenças coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos de servidores públicos federais, otimizando significativamente a prestação jurisdicional coletiva, sem fonte na legislação em vigor.<sup>656</sup>

---

<sup>653</sup> O que só acontecer na experiência das varas judiciais especializadas em causas ambientais. A propósito, ver ATAIDE JUNIOR, V. de P. O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e avaliação dos magistrados no Brasil, p. 58-66.

<sup>654</sup> NUNES, Dierle J. C.; BAHIA, A. G. M. F. Eficiência processual: algumas questões, p. 130-131; ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 177.

<sup>655</sup> Nesse sentido: “É preciso tentar inserir o direito processual brasileiro na era do *management* judiciário, não como expressão pura e simples do poder judicial, mas como representação da cooperação eficiente entre todos os atores processuais, contexto que representa uma verdadeira tendência geral e não toca apenas este ou aquele sistema jurídico, como destaca a doutrina francesa.” (ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 195). Ver também: VIGORITI, Vincenzo. Mito e realidade. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011. p. 390.

<sup>656</sup> Vide item 4.4.2, diretriz antirracionalista. No sentido dessa experiência, comentando sobre o gerenciamento processual do direito inglês moderno, Érico Andrade afirma que “Busca-se valorizar, na *common law*, uma abordagem mais ativa do juiz na gestão dos processos envolvendo litígios mais complexos, principalmente quando o objeto desses tem relevância pública, tudo a fim de que cada processo seja tratado e conduzido de modo proporcional às suas características próprias e ao grau de dificuldade que apresenta, considerando a complexidade da causa, de modo que a cada lide se dispense parcela adequada dos recursos judiciais.” (ANDRADE, E. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, p. 180-181).



#### 4.6.3.3 Níveis de inquirição pragmática: o caso da “ação do teto previdenciário” da Justiça Federal de São Paulo

No plano judicial, a inquirição pragmática consequencialista apresenta níveis de profundidade, a depender das repercussões que a solução pode gerar.

Na jurisdição singular, em demandas de caráter individual, a inquirição sobre consequências práticas normalmente se restringe ao caso concreto, ou seja, pensam-se nos melhores resultados para o processo em gestão.

Mesmo na jurisdição singular, todavia, podem ocorrer variações dimensionais, como as verificadas no processo coletivo, que promete soluções de amplo espectro subjetivo, espacial e temporal. Nesse caso, o raciocínio pragmático tem que considerar todas essas dimensões, antecipando as consequências futuras, mas ainda com um campo visual focado a resolver os desdobramentos do mesmo processo. A sentença coletiva deverá conter o projeto de sua realização futura, com um dispositivo detalhado para garantir a operacionalidade da execução.

Um exemplo significativo desse nível de inquirição pragmática em processo coletivo de jurisdição singular pode ser descrito.

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e por um sindicato nacional, objetivando a compelir o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em âmbito nacional, a recalcular, administrativamente, os benefícios previdenciários atingidos pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 564.354,<sup>657</sup> bem como a realizar o pagamento dos valores retroativos, foi proferida a seguinte decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada (parte dispositiva):

---

<sup>657</sup> Eis a ementa do respectivo acórdão: “DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.” (STF, Pleno, RE 564.354, Rel. Min.<sup>a</sup> Carmén Lúcia, julgado em 08/09/2010, DJe 14/02/2011).

Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, determinando que o réu proceda ao recálculo de todos os benefícios atingidos pelo julgamento do RE 564.354. Determino, ainda, o pagamento dos valores atrasados sem quaisquer parcelamentos. Decisão válida para todo o território nacional, devendo ser cumprida no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertida para o Fundo constante do artigo 13 da Lei 7.347/85.<sup>658</sup>

O Juiz Federal Marcus Orione Gonçalves Correia, ao decidir, não pôde se valer do Código de Processo Civil, nem das leis que regem o processo coletivo. Nenhuma delas era suficiente para a solução processual produzida. O pensamento consequencialista, dirigido pela segunda e quarta diretrizes pragmáticas, comprometido com uma prestação jurisdicional adequada, efetiva, tempestiva e, sobretudo, igualitária, está presente da fundamentação da liminar concedida:

[...] com a repercussão geral, todo o Judiciário está compelido a conceder tal postulação. Não obstante, aguardar que exista a propositura de demandas, inviabilizando o adequado andamento dos demais processos, pode trazer prejuízos incomensuráveis aos trabalhos forenses e acarretar maior morosidade no processamento desses outros feitos (o que conspira, ainda que por via indireta, contra o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Outrossim, já que se trata de decisão pacífica do Judiciário, com repercussão geral, é dever do Executivo realizar administrativamente o recálculo dos benefícios, sob pena de estar atuando de forma contrária aos princípios constantes do artigo 37, 'caput', do texto constitucional.

Ainda que se pudesse objetar a solução processual adotada, com artigos de lei ou mesmo da Constituição, ou, ainda, com argumentos da doutrina ou com julgados de tribunais superiores sobre os limites do processo coletivo, não se pode negar que o resultado dessa decisão, caso efetivamente implementada, seria ótimo para todo o sistema de justiça.

Um sistema tal que, por intermédio de uma só ação judicial, propiciasse aos titulares do direito material, no caso os segurados da previdência social de todo o Brasil, o recebimento dos valores a que fizessem jus (conforme já declarado pela Suprema Corte), diretamente em seus proventos, sem habilitações, execuções individuais ou algo parecido. Dinheiro direto na conta do segurado e centenas de milhares de ações individuais a menos, desafogando o Poder Judiciário, sem comprometer o acesso à jurisdição, tampouco à justiça.

---

<sup>658</sup> Seção Judiciária de São Paulo, 1ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, Capital, Ação Civil Pública 0004911-28.2011.4.03.6183, Juiz Federal Marcus Orione Gonçalves Correia, decisão de 11/05/2011, disponibilização no D.E. de 13/5/2011.

Não obstante, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), em decisão monocrática no agravo de instrumento, suspendeu, em parte, a pragmática decisão, nos seguintes termos:

[...] Posto isso, suspendo parcialmente o cumprimento da decisão agravada, quer quanto à imposição, ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, de ‘pagamentos dos valores atrasados sem quaisquer parcelamentos’, quer em relação à atribuição de eficácia ‘para todo território nacional, devendo ser cumprida no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)’, fixando em 120 (cento e vinte) dias, a contar da intimação desta decisão, o prazo para cumprimento da determinação do recálculo nos moldes do decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 564.354-SE, e em 180 (cento e oitenta) dias, também a contar da intimação deste *decisum*, o prazo para apresentação de cronograma para pagamento dos valores retroativos, estabelecida em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a multa diária em caso de inadimplemento de quaisquer destas determinações, limitadas, na forma da fundamentação *supra*, aos benefícios previdenciários, com exclusão daqueles de caráter acidentário, em nome dos beneficiários dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul.”<sup>659</sup>

Os cortes feitos pela instância superior não suprimiram o caráter pragmático da solução processual criada, pois foi mantida a obrigação do INSS em observar, administrativamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, implantando os valores devidos, independentemente de ações ou execuções individuais dos segurados. Esse mecanismo de respeito aos precedentes pela própria Administração não tem previsão no sistema jurídico brasileiro atual.

O sucesso da solução processual elaborada a partir de um raciocínio pragmático que considerou todas as dimensões da causa, antecipando as consequências futuras, foi confirmado com a edição, pelo Presidente do INSS, da Resolução 151, de 30/8/2011, procedendo, em âmbito nacional, à revisão do teto previdenciário, “em cumprimento às decisões do Supremo Tribunal Federal - STF, no Recurso Extraordinário nº 564.354/SE e do Tribunal Regional Federal - 3ª Região, por meio da Ação Civil Pública - ACP nº 0004911-28.2011.4.03.”

Com esse desfecho, o resultado prático foi a revisão administrativa de cerca de 117.000 benefícios previdenciários ativos, abrangendo segurados de todo o país, inclusive os que percebiam benefícios acidentários que se enquadravam nas balizas firmadas pelo STF no Recurso Extraordinário 564.354, efetuando o recálculo dos

---

<sup>659</sup> TRF3, AI 0015619-62.2011.4.03.0000/SP, Juíza Federal convocada, Márcia Hoffmann, decisão de 21/6/2011.

valores a partir do mês de agosto de 2011, com o respectivo pagamento entre os últimos dias de agosto e os primeiros dias do mês de setembro.<sup>660</sup>

Em relação aos valores retroativos, o INSS apresentou um cronograma de pagamento: para importes até R\$ 6.000,00, o pagamento seria realizado até 30 de outubro de 2011; entre R\$ 6.000,01 e R\$ 15.000,00, o pagamento ficou acertado para ser efetuado até 31 de maio de 2012; entre R\$ 15.000,01 e R\$ 19.000,00, até 31 de novembro de 2012; acima de R\$ 19.000,01, o pagamento seria realizado até 31 de janeiro de 2013.<sup>661</sup>

A decisão no caso da “ação do teto previdenciário” foi criativa e extraordinária. Não se enquadrou nas balizas legais do processo coletivo brasileiro, ainda apegado à metodologia jurídica tradicional. Foi além do esperado, sem violar direitos e garantias fundamentais. Produziu um resultado exemplar: a Fazenda Pública respeitando a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, sem a necessidade de que as pessoas, individualmente, tivessem que recorrer ao Judiciário.

Essa é a proposta de um pragmatismo aplicado ao direito processual. Nenhum dos métodos processuais precedentes orienta os juízes a agirem criativamente dessa forma, de modo a produzirem resultados operacionais como esse.

E quanto mais se ascender na hierarquia judiciária, maior rigor deverá haver na inquirição das consequências práticas.

No âmbito dos tribunais superiores, dada à amplitude prática que suas decisões costumam produzir, a aplicação do método processual pragmático torna-se, ainda mais, uma questão de responsabilidade ética.<sup>662</sup> Por essa razão, vale a pena conferir a influência do pragmatismo na jurisprudência das duas mais altas cortes do país: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

#### 4.6.3.4 Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal

Pesquisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar casos extremos em temas de processo civil: decisões antipragmáticas, ou

---

<sup>660</sup> Informação obtida no *site* do Ministério Público Federal em São Paulo. Disponível em: <[http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias\\_prdc/21-07-11-mpf-aceita-acordo-proposto-pelo-inss-para-revisao-administrativa-de-beneficios-previdenciarios](http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/21-07-11-mpf-aceita-acordo-proposto-pelo-inss-para-revisao-administrativa-de-beneficios-previdenciarios)>. Acesso em: 11 jul. 2013.

<sup>661</sup> Esses dados constam da própria Resolução 151/2011, da Presidência do INSS.

<sup>662</sup> Nesse sentido: “O pragmatismo também é estimulado no nível da Suprema Corte pelo fato de que a Constituição oferece pouca orientação para solução da maioria dos problemas legais modernos e pelo fato de que os ministros não ficam restringidos por uma visão formalista estreita e direta por medo de verem suas decisões revertidas por um tribunal de instância superior.” (POSNER, R. A. *Direito, pragmatismo e democracia*, p. 50).

seja, de consequências práticas danosas à prestação jurisdicional de qualidade, e decisões pragmáticas, produzidas de acordo com as diretrizes do método pragmático. Além disso, colhem-se de votos dos Ministros, discursos que contemplam as características do pragmatismo processual, ainda que não tenham sido acolhidos no julgamento final.

Foram selecionados alguns casos para demonstrar esse panorama.

#### 4.6.3.4.1 O antipragmatismo no STF: caso APADECO/empréstimo compulsório de combustíveis<sup>663</sup>

A APADECO (Associação Paranaense de Defesa do Consumidor) ajuizou, em 1993, perante a 4ª Vara Federal de Curitiba/PR, a ação civil pública registrada sob n.º 93.00.13933-9 (atual 0013933-87.1993.404.7000), proposta em face da União, visando à restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis aos respectivos contribuintes do Estado do Paraná. A sentença de primeiro grau condenou a União à devolução do empréstimo, calculada pela média de consumo por veículo, conforme dados da Receita Federal. Houve apelação, mas o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença. Não houve recurso especial, nem extraordinário. O acórdão transitou em julgado em agosto de 1997.

Com o trânsito em julgado do acórdão, começaram a ser ajuizadas as execuções individuais da sentença coletiva. Segundo o Núcleo de Apoio Judiciário da Justiça Federal do Paraná, foram registradas, até 28/2/2003, cerca de 125.144 execuções individuais, sendo 64.560 somente em Curitiba.<sup>664</sup> Grande parte dessas execuções resultou em pagamento efetivo, sem maior burocracia.

Um ano após o trânsito em julgado da sentença coletiva (1998), a União ajuizou ação rescisória perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual foi julgada improcedente, por unanimidade de votos.

Contra o acórdão de improcedência do pedido rescisório, a União apresentou recurso extraordinário, que não foi admitido pela Corte Regional. Contra a deci-

---

<sup>663</sup> Ver, a propósito, o artigo publicado no jornal *Gazeta do Povo*, de Curitiba, por Elton Venturi: O STF e a restituição do empréstimo compulsório: desserviço à democracia. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 17 de maio de 2004. Sobre um histórico do caso estudado a seguir, consultar: MORETTI, Ivan Cesar. Empréstimo compulsório sobre combustíveis: a polêmica decisão do STF em ação rescisória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5513>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

<sup>664</sup> Vide Anexo 3.

são denegatória, veio agravo de instrumento dirigido ao Supremo Tribunal Federal, ao qual foi negado seguimento pelo Min. CARLOS VELLOSO.

Foi interposto agravo regimental contra a decisão monocrática no Min. VELLOSO.

Em seu voto-vista, o Min. GILMAR MENDES entendeu que a APADECO não detinha legitimidade ativa para a ação civil pública, sendo seguido pelos pares da 2ª Turma da Corte Suprema, à exceção do Min. CARLOS VELLOSO, o que culminou, em 2004, com o provimento do recurso extraordinário e a procedência da ação rescisória para desconstituir o acórdão que confirmara a sentença de procedência da ação civil pública.<sup>665</sup>

Resultado: ainda que o direito material à restituição do empréstimo compulsório dos combustíveis fosse tema absolutamente pacificado na jurisprudência, a ausência de uma condição da ação (legitimidade ativa), assunto tipicamente processual, foi razão suficiente para aniquilar as milhares de execuções individuais propostas pelos contribuintes paranaenses. Melhor explicitando: como se disse, foram registradas, até 28/2/2003, cerca de 125.144 execuções individuais, sendo 64.560 somente em Curitiba. Muitos chegaram a receber a restituição; outros, mesmo com as execuções propostas, foram impedidos de receber o que lhes era devido, em função da superveniente decisão do Supremo. Quebrou-se a isonomia que a sentença coletiva havia proporcionado: os que chegaram antes, levaram; os que demoraram um pouco mais, perderam.

Ainda que se possa discutir a razão (jurídica ou política) da decisão do Supremo Tribunal Federal, é certo que se o método processual pragmático já estivesse consolidado na doutrina e na jurisprudência, como método de decidir questões processuais, esse tipo de decisão não poderia ser adotada: as consequências práticas da decisão foram desastrosas e até hoje repercutem.

---

<sup>665</sup> Eis a ementa do respectivo acórdão: “Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória.” (STF, 2ª Turma, AI 382298 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/Ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 04/05/2004, DJ 28/05/2004).

O acórdão do Supremo Tribunal Federal ainda não transitou em julgado.<sup>666</sup> Milhares de execuções individuais se encontram, desde 2004, suspensas, no aguardo da decisão definitiva, com os respectivos autos físicos entupindo os escaninhos das diversas varas federais paranaenses (nessa época, o processo eletrônico não havia sido generalizado). Constantemente, são formulados requerimentos para liberação dos valores depositados nessas execuções, mas nada mais é possível fazer, diante da jurisprudência consolidada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sentido contrário.<sup>667</sup>

O instrumento processual usado para tutelar o direito material – a ação civil pública – dera certo. Ainda que milhares de execuções individuais passassem a superlotar os juízos federais paranaenses,<sup>668</sup> os contribuintes estavam recebendo, sem maiores dificuldades, a restituição devida. O processo estava fazendo sua parte. A prestação jurisdicional estava sendo concretizada.

De uma hora para outra, por questão processual não debatida durante o processo originário e dentro de um recurso poucas vezes provido no STF, todo esse resultado de sucesso foi aniquilado.

E uma gravíssima violação à isonomia processual foi originada dessa decisão, pois os contribuintes paranaenses acabaram sendo divididos em dois grupos: os que conseguiram receber e os que não conseguiram receber os valores que lhes eram devidos.

Ressalte-se: no plano do direito material, nenhuma discussão havia sobre a procedência da restituição do empréstimo compulsório. Foi no plano processual que derivou a antipragmática decisão.

O exemplo é uma demonstração expressiva de quanto a teoria processual pode ser danosa. No caso, a teoria das condições da ação. Quando a teoria é sufici-

---

<sup>666</sup> Conforme informação processual obtida no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=382298&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

<sup>667</sup> A exemplo do seguinte acórdão: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DA SENTENÇA DA APADECO. SUSPENSÃO ENQUANTO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADA A AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, INCLUSIVE QUANTO AOS HONORÁRIOS FIXADOS NA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. 1 – A execução da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 93.0013933-9, ajuizada pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO, para a restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis, deve ficar suspensa até o julgamento em definitivo da Ação Rescisória pertinente a essa ação coletiva pelo STF – trânsito em julgado. Precedentes desta Corte. 2 – Na eventualidade de o título executivo ser desconstituído, consequência lógica é a exoneração da executada do pagamento dos honorários advocatícios. Portanto, a suspensão provisória da execução abrange, de igual forma, os valores atinentes à verba honorária fixada nos autos da execução.” (TRF4, 2ª Turma, AG 0011192-92.2011.404.0000, Rel. Des. Fed. Otávio Roberto Pamplona, D.E. 18/04/2012).

<sup>668</sup> *Vide supra*, item 4.4.2 Diretriz antirracionalista.

ente, por si mesma, para forjar as decisões judiciais, resultados funestos como esse sempre serão possíveis.

O método processual pragmático exige que o juiz meça as consequências práticas das suas decisões de direito processual. No caso, era fácil constatar que não valia a pena, em termos de tudo o que se espera do processo, acolher o agravo regimental com os efeitos práticos dele decorrentes. Não valia a pena, por amor a um conceito ou a um sistema, aniquilar todo um desenvolvimento processual que rendia bons frutos em termos de tutela do direito material justamente reconhecido. Matou a esperança dos contribuintes em ver o sistema de justiça funcionando a seu favor. Quebrou-se a isonomia entre os exequentes.

O preço do conceito de legitimidade ativa para a ação civil pública foi alto demais, depois de toda a história processual desenvolvida.

Para evitar desacertos e injustiças como esses, que comprometem a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, é que as diretrizes do método processual pragmático devem ser observadas por juízes e tribunais.

#### 4.6.3.4.2 Voto pragmático: legitimidade universal dos partidos políticos para o mandado de segurança coletivo

No âmbito do Supremo Tribunal Federal podem-se colher manifestações do método pragmático, ainda que, como visto, possam ser registradas decisões anti-pragmáticas.

No Recurso Extraordinário 196.184-8/AM,<sup>669</sup> o STF teve a chance de manifestar, na sua integralidade, o método processual pragmático, ao decidir sobre a legitimidade dos partidos políticos para impetrarem mandado de segurança coletivo visando a barrar aumento abusivo de impostos municipais.

Não o fez, mas deixou registrada uma explícita adesão ao método processual pragmático, ao menos por parte de um dos seus ministros.

Um partido político impetrara mandado de segurança coletivo contra ato do Prefeito Municipal de Manaus/AM, o qual, por simples decreto, aumentara o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) em valor superior à sua natural atualização monetária. A segurança fora concedida e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, livrando todos os contribuintes da cidade de Manaus da

---

<sup>669</sup> STF, Pleno, RE 196.184-8/AM, Rel. Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, maioria, j. 27/10/2004, DJ 28/2/2005.



do Amazonas, livrando todos os contribuintes da cidade de Manaus da indevida exação. Veio o recurso extraordinário, o qual subiu à Corte Suprema após provimento de agravo.

A Min.<sup>a</sup> ELLEN GRACIE, relatora do recurso, apesar de entender não haver limitações materiais ou requisito de pertinência temática para que os partidos políticos impetrem mandado de segurança coletivo, cedeu ao argumento de que a majoração indevida de tributos não representa direito difuso ou coletivo, mas direito individualizável ou divisível.

Com base nisso, a Ministra afirmou que, se o Partido Político pode atuar na “defesa do interesse de várias pessoas, independentemente de filiação, não pode, contudo, substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais a serem postulados em juízo por meio de ações próprias.” Utilizando essa fundamentação agarrada ao princípio da autonomia da vontade individual, a Ministra deu provimento ao recurso para cassar o acórdão concessivo da segurança.

Nessa esteira de pensamento, ao menos quanto à ilegitimidade ativa do Partido Político para impugnar exações tributárias, seguiram os votos dos Mins. CARLOS BRITTO, GILMAR MENDES, CÉSAR PELUSO, CARLOS VELLOSO, SEPÚLVEDA PERTENCE e NELSON JOBIM.

Com o provimento do recurso extraordinário, a segurança concedida pela Corte Estadual se desfez. Como consequência, todos os contribuintes de IPTU da cidade de Manaus, ricos ou pobres, voltaram a arcar com o aumento abusivo do imposto. Não se discutiu o direito material, pois a majoração do tributo era mesmo ilegal. Todos os respectivos contribuintes da cidade estavam sendo lesados pela própria municipalidade.

O mandado de segurança coletivo, impetrado pelo Partido Político, protegeu a população manauara. A prestação jurisdicional concedida foi, em todos os seus termos, adequada, efetiva e tempestiva. Ninguém precisaria ir à Justiça individualmente, pois todos já estavam amparados por uma única ação. Era o sonho de Justiça: as próprias instituições democráticas dando conta de regular umas às outras, impedindo abusos contra o cidadão, o qual não precisa sair de casa para receber a tutela jurisdicional adequada. Menores custos para o cidadão e para a máquina judiciária.

Mais uma vez, a teoria processual foi suficiente para jogar por terra toda uma experiência de sucesso. E, mais uma vez, a teoria das condições da ação, agora aplicada ao mandado de segurança coletivo.

As preocupações pragmáticas, porém, não ficaram completamente despercebidas no julgamento.

Em seu voto, o Min. MARCO AURÉLIO, apesar de vencido, explicitou as consequências práticas que a decisão que vinha se formando na Suprema Corte poderia resultar:

Ora, Presidente, o pano de fundo, o objeto do mandado de segurança foi dar, a meu ver, o que se apontou como bom combate a um aumento abusivo de IPTU. Estão envolvidos interesses individuais homogêneos. São beneficiários, em substituição processual, não só os afortunados, como também os menos favorecidos.

Ora, levando em conta uma sadia política judiciária, o que interessa mais: a impetração concentrada, como neste caso, ou o ajuizamento de centenas, milhares de processos, emperrando, ainda mais, a máquina judiciária? A resposta é evidente e persiste ainda a problemática da deficiência do próprio Estado no que, passados quinze anos, ainda não logrou estruturar, como deveria, as defensorias públicas. A maioria dos contribuintes, em questão o IPTU, mesmo diante de um direito espezinado, não ingressa em juízo. Não o faz, porque não tem condições, sem prejuízo do próprio sustento e da família, de contratar advogado e, então, não há como recorrer à garantia constitucional da assistência jurídica e judiciária, porquanto não se conta ainda – até mesmo na maior unidade da Federação, que é São Paulo – com a defensoria pública estruturada.

Essas consequências práticas para o sistema de justiça brasileiro sequer foram cogitadas nos votos dos demais ministros da Suprema Corte. Não procederam ao teste pragmático da decisão.

Como se disse, no âmbito dos tribunais superiores, dada a amplitude prática que suas decisões costumam produzir, a aplicação do método processual pragmático torna-se uma questão de responsabilidade ética.

Uma decisão da Suprema Corte, como a comentada, resultou num enfraquecimento do sistema processual, pois reduziu o alcance protetivo de um dos seus instrumentos mais interessantes e eficientes de defesa da cidadania, lançados pela Constituição de 1988 – o mandado de segurança coletivo.

O exemplo mostra que por meio de uma só ação, todo um universo de pessoas poderia ser automaticamente beneficiado, com rapidez e eficiência.

As decisões antipragmáticas tomadas pelo STF, tanto neste, como no caso APADECO/Empréstimo compulsório de combustíveis, proclamaram a orientação

geral no sentido de que, em matéria tributária, quem se sentir lesado, deve ingressar com sua ação individual, mesmo considerando as notórias deficiências de acesso à justiça por parte da população menos favorecida.

As Fazendas Públicas inescrupulosas agradecem!

E o sistema de justiça incrementa-se com milhares de novas ações, daqueles que efetivamente tomam a iniciativa de defesa de seus direitos. Porque aqueles que, por qualquer razão, nada fazem, restarão perdidos no desrespeito aos seus direitos fundamentais.

As considerações consequencialistas – o teste pragmático – formuladas pelo Min. MARCO AURÉLIO deveriam ter sido discutidas pelos demais ministros. Eles deveriam assumir a responsabilidade ética pela decisão antipragmática que proferiram.

O que o método processual pragmático, e o seu respectivo teste de inquirição, propõe é que argumentos como os adotados pelo Min. MARCO AURÉLIO passem a fazer parte da rotina decisória dos tribunais. Passem a frequentar sentenças, decisões e acórdãos. Por isso a importância de revelar e difundir as diretrizes do método pragmático: nenhum juiz, de nenhuma instância, poderá escapar de proceder à testagem pragmática das suas soluções processuais.

#### 4.6.3.4.3 Solução pragmática no STF: reclamação constitucional, precedentes do STJ e Juizados Especiais Estaduais

Mas não somente decisões antipragmáticas são encontradas no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Parece que decisões dessa natureza são mais frequentes, como se demonstrou, em relação a soluções processuais que ampliam a eficiência da defesa do contribuinte no sistema tributário nacional.

Um exemplo bastante claro de aplicação das diretrizes pragmáticas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode ser observado no julgamento do Recurso Extraordinário 571.572-8/BA.<sup>670</sup>

Para expor o caso, é necessário uma introdução.

No sistema dos Juizados Especiais Estaduais, regidos pela Lei 9.099/1995, não há a previsão de Turmas de Uniformização de Jurisprudência, como ocorre nos

---

<sup>670</sup> STF, Pleno, RE 571572 ED, Rel. Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, julgado em 26/08/2009, DJe 26/11/2009.

Juizados Especiais Federais (art. 14 da Lei 10.259/2001). Contra as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais somente é possível, em abstrato, interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, Constituição). Não é cabível o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, conforme entendimento consagrado na súmula 203 desse tribunal.<sup>671</sup>

Essa peculiar estrutura recursal causou uma anomalia no sistema jurídico brasileiro: a jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais tornaram-se insuscetíveis de uniformização. Assim, como notaram EDUARDO CAMBI e VINÍCIUS SECAFEN MINGATI, não haveria como “combater a insegurança jurídica advinda de decisões divergentes entre as Turmas Recursais dos Estados”, nem “como impugnar as decisões contrárias a entendimentos solidificados, e muitas vezes sumulados, pelo STJ.”<sup>672</sup>

Como corrigir essa distorção, quando o aparato processual disponível não oferece resposta adequada? A diretriz pragmática antirracionalista orienta os juízes a criarem uma solução adequada ao problema, mesmo que ela não se ajuste aos conceitos, sistema e regras do direito processual.

Foi como procedeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido recurso extraordinário, para oferecer uma resposta processual ao problema descrito: admitiu a reclamação constitucional, prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição, como meio hábil para “fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.”

Confira-se os termos da ementa do acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer o-

<sup>671</sup> “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.”

<sup>672</sup> CAMBI, E., MINGATI, V. S. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica, p. 303.

missão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

A solução de utilizar a reclamação constitucional, como meio de resguardar a autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, é pragmática, pois despreza o conceito constitucional de reclamação, em prol de uma solução processual eficiente para inibir a insegurança jurídica decorrente do “risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal” e para tornar a prestação jurisdicional mais completa, pela superveniência jurisprudencial de um meio eficaz para resolver o problema.

A reclamação constitucional não foi concebida como instrumento para fazer prevalecer precedentes jurisprudenciais. Seu cabimento limita-se à preservação da competência dos tribunais superiores e à garantia da autoridade de suas decisões (arts. 102, I, / e 105, I, f, Constituição). Não há ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, “previsão legal ou constitucional que autorize a utilização da reclamação como forma de preservar orientação – pacífica ou dominante – de Tribunal Superior, mesmo que já tenham sido editadas súmulas (exceto as vinculantes).”<sup>673</sup>

Esse desajuste conceitual não foi obstáculo para que o Supremo Tribunal Federal forjasse a solução mais adequada para o problema oferecido. Não houve conformismo com a aceitação de que as Turmas Recursais dos Estados pudessem continuar a decidir como lhes desse na veneta, sem render obediência à jurisprudência federal do STJ. Como observa LUIZ GUILHERME MARINONI, a admissão, ainda que excepcional, da reclamação para o resguardo da autoridade dos prece-

---

<sup>673</sup> CAMBI, E., MINGATI, V. S. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica, p. 299.

dentes do STJ, “tem grande valor simbólico, pois evidencia a força obrigatória desses precedentes e a necessidade de se fazer respeitá-los em nome da coerência do direito e da segurança jurídica.”<sup>674</sup>

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça baixou a Resolução 12, de 14/12/2009, criando regras para o processamento da reclamação destinada a dirimir a divergência entre acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial estadual e a jurisprudência do próprio STJ.<sup>675</sup>

O que se torna importante destacar é que a criação dessa solução processual não se insere, apenas, no âmbito de um “protagonismo judiciário”, como sugerem CAMBI e MINGATI,<sup>676</sup> ou de qualquer forma pouco definida de ativismo judicial. Mais do que isso, trata-se de reconhecer que uma nova metodologia processual foi empregada, diversa daquelas até então explicitamente trabalhadas pela doutrina ou pela jurisprudência. Criou-se uma solução, renegando-se um conceito constitucional.

Na verdade, o conceito foi adaptado para servir melhor. A orientação para a criação jurisprudencial foi consequencialista, pois pensou no objetivo a ser atingido: inibir a insegurança jurídica e completar a prestação jurisdicional dos Juizados Especiais Estaduais. Consultou-se a experiência e os problemas vivenciados pela prática forense. Não houve qualquer interferência legislativa. O Supremo autorizou e o Superior Tribunal criou novas regras processuais para viabilizar a nova solução processual. Nenhuma lei formal foi editada pelo Parlamento para respaldar essa iniciativa judiciária.

Para fechar a abordagem sobre o pragmatismo no plano judicial, resta ver se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também ecoam as diretrizes do método pragmático.

#### 4.6.3.5 Pragmatismo no Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça foram catalogados casos expressivos de pragmatismo no direito processual, os quais serão analisados a seguir.

---

<sup>674</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 501.

<sup>675</sup> RODRIGUES, Enrique Feldens. A uniformização da interpretação da lei federal no âmbito das decisões dos Juizados Especiais Estaduais e Federais em matéria cível: a função do STJ à luz da lei e da jurisprudência. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 201, nov. 2011. p. 305-307.

<sup>676</sup> CAMBI, E., MINGATI, V. S. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica, p. 307.

#### 4.6.3.5.1 Solução pragmática na execução fiscal de pequeno valor: mandado de segurança para garantir o respeito aos precedentes do STJ

Quando foi abordado o fenômeno da convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, defendeu-se que o pragmatismo jurídico aposta suas fichas nos precedentes obrigatórios.

No caso de pragmatismo no Supremo Tribunal Federal – a admissão da reclamação para fazer valer a jurisprudência do STJ nos Juizados Especiais Estaduais –, o objetivo colimado pela solução processual era justamente resguardar a autoridade dos precedentes da corte de uniformização federal.

O primeiro exemplo de pragmatismo no Superior Tribunal de Justiça também observa a mesma finalidade: criar um meio de controle, então inexistente, para garantir respeito aos precedentes da corte.

O caso aqui envolve as chamadas “execuções fiscais de pequeno valor” ou “execuções fiscais de alçada”, as quais, semelhantemente aos Juizados Especiais Estaduais, são dotadas de um sistema recursal peculiar e anômalo.

Segundo o art. 34, *caput*, da Lei 6.830/1980, que rege as execuções fiscais, “das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a cinquenta Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.” Esses embargos são instruídos e julgados, exclusivamente, pelo próprio juiz de primeiro grau que preside a execução fiscal (art. 34, §§ 2º e 3º), não havendo duplo grau de jurisdição. Consequentemente, não cabe apelação ou qualquer outro recurso para a instância superior.<sup>677</sup> Em abstrato, cabe recurso extraordinário, mas não cabe recurso especial.<sup>678</sup>

A mesma anomalia verificada nos Juizados Especiais Estaduais verificou-se nesse tipo singular de execução fiscal: as decisões judiciais tornaram-se insuscetíveis de uniformização. Com um gravame: essas decisões nem sequer chegavam à instância superior, pelo descabimento de recursos ordinários, como a apelação. Tudo se resumia às decisões do juiz de primeiro grau: fosse na sentença da ação de embargos à execução fiscal, fosse na sentença do recurso de embargos infringentes de alçada.

---

<sup>677</sup> STJ, 1ª Seção, REsp 1168625/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2010, DJe 01/07/2010.

<sup>678</sup> STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 140.011/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 08/05/2012, DJe 15/05/2012.

Como não podia deixar de acontecer, muitas sentenças e decisões nessas execuções fiscais de pequeno valor eram proferidas em sentido diametralmente oposto à jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça.

Ocorrência cotidiana era a prática judicial de extinguir as execuções fiscais de valor inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), quando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação conferida pelo art. 21 da Lei 11.033/2004, determinava o simples arquivamento provisório, sem baixa na distribuição.<sup>679</sup> Em casos como esse não havia meio eficaz para resguardar a autoridade dos precedentes do STJ.

A solução pragmática surgiu no âmbito da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: passou-se a admitir a impetração de mandado de segurança para enfrentar hipóteses como essa.<sup>680</sup>

A dificuldade conceitual é imensa: há o entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de não ser cabível o mandado de segurança contra decisão passível de recurso (súmula 267, STF). No caso, contra a decisão do juiz da execução fiscal de pequeno valor, após o julgamento dos embargos infringentes de alçada, é cabível o recurso extraordinário. Se há recurso disponível, descabe a impetração de mandado de segurança. Assim, do ponto de vista da metodologia tradicional, não seria possível admitir essa espécie de ação em casos tais.

Contudo, consultando-se a experiência, pode-se demonstrar que o cabimento do recurso extraordinário, nessas execuções fiscais, é remota hipótese abstrata.<sup>681</sup> Isso não passou despercebido no Superior Tribunal de Justiça, que resolveu exigir hipótese concreta de cabimento do recurso extraordinário para fechar a porta de acesso ao mandado de segurança.<sup>682</sup>

---

<sup>679</sup> STJ, 2ª Turma, RMS 15.372/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 22/04/2008, DJe 05/05/2008.

<sup>680</sup> A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ainda não se inclinou a aceitar a mesma solução: STJ, 1ª Turma, AgRg no RMS 38.790/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013.

<sup>681</sup> Como demonstra o seguinte precedente: “EXECUÇÃO FISCAL - VALOR MÍNIMO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - MATÉRIA LEGAL. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o tema referente ao valor mínimo para efeito de execução é disciplinado por normas estritamente legais. RECURSO - ADEQUAÇÃO - DISCIPLINA. A definição do recurso cabível não tem estatura constitucional, exaurindo-se a jurisdição sem o acesso ao Supremo Tribunal Federal. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.” (STF, 1ª Turma, AI 448827 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 25/05/2004, DJ 17/09/2004).

<sup>682</sup> Ver o voto da Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon no seguinte julgado: STJ, 2ª Turma, RMS 36372/SP, Rel. Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, julgado em 06/06/2013, DJe 13/06/2013.



Dessa maneira, considerando as peculiaridades do caso concreto – não há questão constitucional envolvida, que justifique hipótese concreta de recurso extraordinário –, passou a admitir o mandado de segurança contra a decisão do juiz de primeiro grau nas execuções fiscais de pequeno valor, como forma de controle da observância dos precedentes do próprio STJ.

É claro que a competência originária para conhecer e julgar o mandado de segurança será do tribunal de segunda instância a que se submete o juiz das execuções fiscais. Porém, caso denegado, abre-se espaço para o recurso ordinário constitucional, de competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, b, Constituição).

Mais uma vez, afastou-se a construção dogmática e jurisprudencial até então consolidada, para dar ensejo a uma solução processual adequada para completar uma prestação jurisdicional deficiente.

É certo que execuções fiscais de pequeno valor devem comportar um simplificado procedimento, inclusive com redução significativa dos meios recursais.

Mas, isso não implica dizer que os juízes passam a poder decidir sem observância da jurisprudência uniformizada pelos Tribunais Superiores. Calha relembrar a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, no sentido de que não se pode confundir independência judicial com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter “um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam.”<sup>683</sup>

O pragmatismo no Superior Tribunal de Justiça poderá ser mais amplamente demonstrado com o cotejo das decisões em matéria de direito processual coletivo, logo a seguir explicitado.

#### 4.6.3.5.2 Pragmatismo e processo coletivo

O Superior Tribunal de Justiça, ao menos no que tange ao direito processual coletivo, tem realizado nos últimos anos, a contento, a testagem pragmática, aplicando as diretrizes do método processual pragmático, ainda que não as declare sistematicamente.

---

<sup>683</sup> MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios, p. 205-206.

Uma primeira demonstração dessa nova metodologia de decisão pode ser visualizada no julgamento dos Recursos Especiais 1110549/RS<sup>684</sup> e 1189679/RS<sup>685</sup>, como recursos representativos de controvérsia repetitiva (art. 543-C, CPC).

Em relação ao primeiro (REsp 1110549/RS), o STJ pacificou o entendimento no sentido que “ajuizada ação coletiva atinente à macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.”<sup>686</sup>

Nesse julgamento, foram apresentadas duas soluções processuais referentes à relação entre ações individuais e ação coletiva: (1) a do voto do relator (vencedor), admitindo a suspensão de ofício das ações individuais, na pendência de ação coletiva, visando a conter “verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária”;<sup>687</sup> e (2) a do voto vencido, o qual, mesmo reconhecendo o “assorberamento de multiplicidades processuais, merecedores de algumas considerações”, deu relevância ao princípio da legalidade para entender que “sendo de natureza facultativa, não pode a ação individual sofrer suspensão impositiva, se assim não o desejar o titular do direito material.”<sup>688</sup>

Esses votos representam, muito bem, a crise paradigmática em que vive o direito processual civil brasileiro, nesse momento singular de sua história, como ficou consignado desde o primeiro parágrafo da introdução a este trabalho. É clara a disputa entre os dois paradigmas dentre os quais navega o processo civil contemporâneo: o antigo paradigma racionalista, representando pelo voto vencido; e o novo paradigma pragmático, representado pelo voto vencedor do relator.

O voto vencido segue a metodologia jurídica tradicional e não seria inesperado ver seus argumentos vencendo a disputa jurisprudencial. Da mesma forma como foi construído o sistema legal do Código de Defesa do Consumidor, há mais de vinte anos, a solução do voto vencido prioriza a autonomia da vontade sobre o tra-

---

<sup>684</sup> STJ, 2ª Seção, REsp 1110549/RS, Rel. Min. Sidnei Benetti, maioria, j. 28/10/2009, DJ 14/12/2009, RSTJ 217/788.

<sup>685</sup> STJ, 2ª Seção, REsp 1189679/RS, Rel. Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, j. 24/11/2010, DJe 17/12/2010.

<sup>686</sup> Sobre as origens desse julgamento, envolvendo o “Projeto Cadernetas de Poupança” do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ver: FERNANDES, Débora Chaves Martines. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 201, nov. 2011. p. 341-349.

<sup>687</sup> Vide o voto integral do Min. Sidnei Beneti no ANEXO 5.

<sup>688</sup> Vide o voto integral do Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) no ANEXO 6.

tamento coletivo das demandas multitudinárias.<sup>689</sup> Seguindo as diretrizes racionalistas, essa solução pouco consegue fazer além de seguir as prescrições legais e conceitos doutrinários, ainda que defasados pelo tempo. Tem dificuldades para enxergar para além do muro da lógica racional. Ainda que percebendo as consequências práticas da sua solução processual — inviabilizar o trabalho do Judiciário gaúcho, diante do “assoberbamento de multiplicidades processuais” — não assume a responsabilidade por essas consequências, preferindo atribuí-las a outrem (“a lei processual, as estruturas judiciárias, o homem que opera o processo” e o Poder Executivo).

É claro que se percebe (e não se despreza) a preocupação garantista do voto vencido. É forte o seu compromisso com a liberdade. As pessoas devem ser livres para ajuizarem suas demandas individuais, exercendo o seu direito constitucional de ação.<sup>690</sup> Até aqui os votos são concordantes, até porque o voto vencedor não determinou a extinção das ações individuais. Mas, parece que mesmo essa liberdade não pode ser absoluta a ponto de inviabilizar a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, também garantida pela Constituição.

O processo coletivo contém, dentre outras, esta promessa: diminuir processos, sem diminuir a qualidade da jurisdição.<sup>691</sup> Ora, se pela via da ação coletiva o indivíduo pode obter, com menor custo e menor onerosidade para os serviços judiciais, o mesmo direito material que obteria numa ação individual (e o voto vencedor ressalvou essa realidade), qual seria o sentido prático, e mesmo garantista, em se preservar a autonomia da vontade acerca da suspensão ou não da ação individual? O que se garante com isso? Se o processo é instrumento a serviço do direito materi-

---

<sup>689</sup> Pelo sistema legal do Código de Defesa do Consumidor (CDC), apenas o autor da ação individual pode requerer a suspensão desta, caso deseje, um dia, ser beneficiado pela futura e eventual sentença de procedência da ação coletiva. Não há previsão legal para a suspensão de ofício das ações individuais. O art. 104 do CDC é claro em fazer a opção pela autonomia da vontade quanto à suspensão da ação individual: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”. Interpretando esse texto legal, Teori Albino Zavascki confirma que “desse dispositivo colhe-se: (a) que a ação individual pode ter curso independentemente da ação coletiva superveniente; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa de seu autor; (c) que não havendo pedido de suspensão, ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.” (ZAVASCKI, T. A. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, p. 190; nesse mesmo sentido: FERNANDES, D. C. M. *Relação entre demandas individuais e coletivas*: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso, p. 322).

<sup>690</sup> Não obstante, conforme observa Owen Fiss, em relação ao direito norte-americano, “o sistema jurídico não garante que cada pessoa terá seu dia na corte, mas apenas que o interesse de cada pessoa será representado na corte.” (FISS, Owen. *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 240).

<sup>691</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572-579.

al, não é possível concebê-lo como instrumento a serviço de si mesmo. Se o direito material pode ser bem servido pelo processo coletivo (com os aperfeiçoamentos pragmáticos), não há razão (a não ser racionalismo) para insistir numa liberdade individualista, vazia de consequências úteis. É a “sedução do individualismo” referida por OWEN FISS.<sup>692</sup>

Por sua vez, em várias passagens do voto vencedor, pode-se observar, nitidamente, que a principal preocupação foi a de obstar a principal consequência prática da solução formal vencida: caso o recurso fosse provido e não se permitisse a suspensão, de ofício, das ações individuais, na pendência de ação coletiva, isso representaria “o verdadeiro estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, em prejuízo da totalidade dos jurisdicionados, entre os quais os próprios litigantes do caso.”

A solução processual adotada pelo voto vencedor foi pragmática, pois visou a racionalizar a relação entre ações individuais e ação coletiva, promovendo um “enxugamento da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide”, viabilizando a prestação jurisdicional, que seria fortemente comprometida pela enxurrada de ações individuais com o mesmo tema da ação civil pública proposta pelo Ministério Público.<sup>693</sup>

A solução não diminuiu a prestação jurisdicional, apenas racionalizou-a consoante as necessidades da realidade judiciária. O direito material não foi amesquinhado, restando ressalvado, no acórdão, que as eventuais questões incidentais ficarão no “aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva.”

Ora, a solução processual adotada pelo Superior Tribunal de Justiça não correspondeu ao sistema legal. Pode-se mesmo dizer que se deu *contra legem*.<sup>694</sup> Mas, nem por isso deixou de ser adotada, quando se antecipou que suas consequências práticas poderiam ser úteis para a prestação jurisdicional. O STJ aplicou,

---

<sup>692</sup> FISS, O. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade, p. 230-231.

<sup>693</sup> Em sede doutrinária, o Min. Sidnei Beneti afirma que as ações repetitivas ou, como prefere, a “macrolide, a desdobrar-se em ações e processos individuais”, são “os principais responsáveis pela morosidade do funcionamento de todo o aparelhamento judiciário brasileiro na atualidade e, ainda, determinadores da visível perda de qualidade da prestação jurisdicional atual.” (BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 171, mai. 2009. p. 12).

<sup>694</sup> Nesse sentido: FERNANDES, D. C. M. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso, p. 343.

mesmo sem dizer, a segunda e a terceira diretrizes do método processual pragmático.

E foi além.

No Recurso Especial 1189679/RS, atinente ao mesmo caso emblemático, o STJ entendeu que

Tendo-se admitido a suspensão de ofício das ações individuais por razões ligadas à melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e desafogando-se sua estrutura, as mesmas razões justificam que se corrobore a retomada de ofício desses processos, convertendo-se a ação individual em liquidação da sentença coletiva. Essa medida colaborará para o mesmo fim: o de distribuir justiça de maneira célere e uniforme.

Mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça proclamou que o pragmatismo processual é método de decisão, mesmo sem usar essa palavra.

Não há, em qualquer diploma legal brasileiro em vigor, a previsão sobre a possibilidade de converter uma ação individual, que estava suspensa em função da pendência de ação coletiva, em liquidação provisória da sentença coletiva de procedência.<sup>695</sup> Essa solução processual heterodoxa não está prevista no CPC, no CDC, nem na Lei da Ação Civil Pública.<sup>696</sup>

Trata-se de criação jurisprudencial, orientada pelas diretrizes pragmáticas, externadas quando se refere aos propósitos práticos de “melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e desafogando-se sua estrutura”, colaborando para a finalidade essencial do processo coletivo: “distribuir justiça de maneira célere e uniforme”.

No voto da Min.<sup>a</sup> NANCY ANDRIGHI, ainda foram consignados argumentos pragmáticos no sentido de que

---

<sup>695</sup> FERNANDES, D. C. M. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso, p. 344.

<sup>696</sup> Essa solução constava, é verdade, do Projeto de Lei 5.139/2009, o qual visava a disciplinar uma nova ação civil pública, mas, infelizmente, esse projeto foi sumariamente arquivado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, ao argumento de “falta de discussão com a sociedade” e “excessivo poder aos juízes e ao Ministério Público”. O art. 37 do projeto previa que “O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenha objeto correspondente, mas haverá suspensão destas, até o julgamento da demanda em primeiro grau de jurisdição.” No parágrafo quarto do mesmo artigo, era previsto que “A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.” Sobre as razões da rejeição do projeto, ver: FERNANDES, D. C. M. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso, p. 337-338.

É sempre importante, neste ponto, consoante já observou o i. Min. Beneti, no precedente supracitado, manter a percepção de que uma lide multitudinária, como a que se está a discutir, com potencial de geração de milhares de ações individuais idênticas, todas a entravar a já saturada estrutura judiciária nacional, demanda iniciativas diferenciadas e medidas efetivas para sua melhor solução, colocando-se em primeiro plano o interesse público e a imprescindível racionalização dos procedimentos. Sem isso, o exercício da atividade jurisdicional justa, célere e uniforme torna-se impossível.

No voto do Min. SIDNEI BENETI, agora neste segundo julgamento, foram reafirmadas as diretrizes pragmáticas e repelidos os argumentos racionalistas, ao declarar que

[...] o processamento dos processos individuais como processos de conhecimento, com toda a tramitação de cada um, subindo todas as instâncias até este Tribunal, para se chegar, ao cabo de longo e demorado calvário, exatamente ao julgamento que ora já se tem, seria exercício de irrealismo judiciário, vazio de substância concreta, nutrido tão somente do apaixonante fascínio pela construção teórica, que cumpre, a todo o custo, evitar.<sup>697</sup>

Em acórdãos posteriores sobre a mesma polêmica, em que eram postas duas soluções processuais antagônicas, o STJ continuou a adotar aquela que apresentava as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, na linha do que propõe a terceira diretriz pragmática. Veja-se a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, em razão de conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural.
2. É possível, de ofício, a conversão da ação individual em liquidação provisória de sentença coletiva, não sendo permitidos, porém, atos de execução sobre o patrimônio do executado.

<sup>697</sup> Nesse julgamento, no voto do Min. Luís Felipe Salomão, veio à baila que, no Judiciário gaúcho, havia cerca de 13.997 ações individuais com o mesmo objeto da ação coletiva de expurgos inflacionários. Foram suspensas e depois convertidas em liquidação provisória da sentença coletiva de procedência. Registre-se que, no entanto, posteriormente o Tribunal de Justiça gaúcho viu-se na contingência de “desconverter” demandas individuais, permitindo seu processamento, em função da superveniência de jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, fixando prazo prescricional de cinco anos para as ações civis públicas (REsp 1.070.896/SC), o que poderia comprometer o resultado pretendido, pois as liquidações provisórias estavam se dando com base em sentenças coletivas que poderiam ser cassadas por prescrição (cf. FERNANDES, D. C. M. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso, 346-347). A posterior “desconversão”, apesar de implicar em perda de tempo no processamento das ações individuais que ficaram suspensas, teve causa impossível de ser prevista quando do lançamento do “Projeto Caderneta de Poupança” pelo TJRS. A solução processual foi meritória e suas expectativas de sucesso foram reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo que, pelas peculiaridades do caso específico, não há porque desmerecê-la.

### 3. Agravo regimental desprovido.<sup>698</sup>

Nesse julgamento, tratava-se de uma escolha entre duas proposições: de acordo com as peculiaridades do caso, e avaliadas as consequências práticas de cada qual, preferiu-se à maior agilidade à prestação jurisdicional do que aos princípios da identidade física do juiz e do juiz natural.

No voto do Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, foi transcrito parte do voto do Min. CASTRO FILHO, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 624.779/MG, julgado em 15/8/2007, pela Corte Especial, tratando da flexibilização do princípio do juiz natural, no qual o conteúdo da diretriz pragmática antirracionalista foi defendido:

Ainda que assim não fosse, sem embargo de prestígio que se deve reconhecer aos princípios processuais ou procedimentais, não se compatibiliza com as exigências da modernidade, a atribuição a esses regramentos do excessivo rigor de outrora. A realidade do Judiciário, num país como o nosso, está a exigir certas providências – como os mutirões e o trabalho solidário da chamada ‘justiça itinerante’ – que não podem ficar sensíveis a certos pruridos perfeccionistas.

O método processual pragmático, uma vez revelado e compreendido, permitirá que a testagem pragmática não se limite ao campo do direito processual coletivo, mas se espraie por todos os campos do direito processual. Não é possível simplesmente aguardar soluções processuais pela “positivação de novas regras, mediante o integral cumprimento das fases atinentes à legislatura democrática,”<sup>699</sup> impedindo a criatividade judicial pragmática. No direito comparado, o Poder Judiciário tem criado as bases para o direito processual coletivo, ante a inércia do Poder Legislativo em formulá-las.<sup>700</sup>

O pragmatismo, como visto, já está presente nas decisões legislativas e judiciais brasileiras. Mas é preciso organizar esse processo de tomada de decisões, por meio da orientação consciente pelas diretrizes do método processual pragmático. Esse será o ponto de ruptura com o paradigma racionalista do direito processual civil.

<sup>698</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1144374/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14/4/2011, DJe 3/5/2011.

<sup>699</sup> Essa proposta consta das conclusões do seguinte artigo: FERNANDES, D. C. M. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso, p. 352.

<sup>700</sup> Como é o caso do direito argentino: cf. OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 185, jul. 2010. p. 284-287.

Essa é a proposta-mor desta tese, qual seja, sinalizar um caminho de organização do pragmatismo processual com vistas a oferecer um norte eficaz para concretização de uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, tudo como quer a própria Constituição.

#### 4.7 ALGUMAS SOLUÇÕES PROCESSUAIS PRAGMÁTICAS PARA O DIREITO BRASILEIRO

Inaugurando um novo paradigma para o direito processual, em bases pragmáticas, será possível repensar o direito processual civil brasileiro de forma global, formulando estratégias e soluções para desfazer os nós que o prendem às insuficiências e deficiências do paradigma anterior.

Segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART, é preciso retomar a reflexão sobre os grandes problemas estruturais do direito processual, de forma sistêmica e pragmática. Segundo ele, a sedimentação

[...] dos estudos existentes sobre a técnica processual, com esclerose acentuada das ideias tomadas como intocáveis, sem a atualização dos mecanismos e dos objetivos do processo, levou a uma estagnação das preocupações doutrinárias, que se limita, na maioria das vezes, a debater temas tópicos e específicos, sem preocupar-se com os grandes problemas do direito processual. Multiplicam-se os livros a respeito de temas processuais consolidados, em que se debate sobre incidentes específicos, sobre dúvidas pontuais da jurisprudência, ou sobre a aplicação de certo instituto isolado, mas não é fácil encontrar obras que buscam dimensionar, de maneira ampla, a tutela dos direitos reconhecidos, avaliando e testando concretamente as possibilidades do processo diante da realidade material.<sup>701</sup>

Neste tópico, serão lançadas algumas propostas, baseadas no método pragmático, para aperfeiçoar o sistema de justiça civil brasileiro.

4.7.1 Intensificar o uso dos meios alternativos de solução de conflitos e re-dimensionar o papel dos postulantes para esse propósito

---

<sup>701</sup> ARENHART, S. C. Perfis da tutela inibitória coletiva, p. 17.



O enfrentamento dos grandes problemas do direito processual deve começar pelo desfazimento do mito da jurisdição como a única – ou a melhor – forma de solução de conflitos jurídicos.<sup>702</sup>

Não é mais possível sustentar esse mito, diante da evolução, em escala mundial, dos meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, mediação e outros.<sup>703</sup>

A expansão desses meios alternativos é fator indispensável para conter o número cada vez maior de processos judiciais, em todos os setores do Poder Judiciário nacional, em realidade incompatível com a busca de uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Jamais será possível atingir a meta fundamental de prestar um serviço jurisdicional de qualidade, enquanto os juízes e tribunais da República continuarem tendo que dar conta de um número desarrazoado de processos, que não permite a reflexão e o atendimento necessários para cada caso.

A solução dos conflitos jurídicos deve ser repartida entre a jurisdição, a arbitragem e outras fontes resolutivas.

A diminuição de processos, sem diminuição de jurisdição é uma proposta pragmática, pois considera a realidade do Poder Judiciário e sua capacidade de dar conta da demanda de processos judiciais com os níveis esperados de qualidade.

E para diminuir o número de processos, sem desproteger o cidadão de meios adequados de resolução de conflitos, é que se faz necessário abandonar velhos mitos sobre o monopólio estatal de distribuição da justiça: a Justiça também pode

---

<sup>702</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 387-389; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de soluções de conflitos. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 195, mai. 2011. p. 199.

<sup>703</sup> ANDREWS, Neil. Arbitration and mediation in England. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, p. 107-129, set. 2009; COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 151, p. 72-98, set. 2007; LEIBLE, Stefan; LEHMANN, Matthias. El arbitraje en Alemania. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 162, p. 25-45, ago. 2008; NAÓN, Horacio A. Grigera. Unified national legal treatment of international commercial arbitration: a continuing challenge. The Arbitration Brief, Washington/D.C., American University/Washington College of Law, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2012; PERLSTADT, Roger J. Article III judicial power and the federal arbitration act. American University Law Review, Washington/D.C., American University/Washington College of Law, v. 62, n. 2, p. 201-252, dez. 2012; TARUFFO, Michele. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 152, p. 319-331, out. 2007; VIGORITI, Vincenzo. Superabili ambiguità: le proposte europee in tema di ADR e di ODR. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, p. 273-279, abr. 2012.

ser distribuída por órgãos privados, como os árbitros e câmaras de arbitragem, desde que asseguradas as suas “tercialidade” e imparcialidade.<sup>704</sup>

A arbitragem, do ponto de vista do *Law and Economics*, é vantajosa para “reduzir os custos de transação diretamente relacionados à resolução de disputas”, além de favorecer “um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes.”<sup>705</sup>

Para a consolidação de uma nova realidade de resolução de disputas jurídicas, com a ampliação significativa da arbitragem, mediação e outros meios alternativos à jurisdição, será necessário redimensionar – como vem sendo redimensionado – o papel do advogado.

Deixa o advogado de ser “guerrilheiro”, formado apenas para as batalhas do foro,<sup>706</sup> para assumir a posição de “arquiteto”, formado na arte de resolver problemas, como propõe JOHN W. COOLEY:

Já não basta o fato de o advogado conceber problemas jurídicos magnificamente elegantes e suas soluções e os levar ao tribunal para julgamento. Hoje em dia, os clientes estão começando a esperar, e às vezes a exigir, que seus advogados escolham ou concebam mecanismos enxutos e eficientes em termos de custos para transformar as matérias-primas ou os problemas e soluções jurídicos, normalmente da competência exclusiva dos iniciados, em produtos finais práticos, úteis e economicamente atraentes, sob a forma de acordos expeditos mutuamente vantajosos ou de julgamentos privados de risco limitado. É o arquiteto existente em todo advogado que pode fazer com isto aconteça. É o arquiteto que há em nós que pode conformar o processo de maneira adequada, de modo a satisfazer as necessidades por vezes únicas das disputas e dos contendores.<sup>707</sup>

O advogado é indispensável nessa reformulação dos meios de solução de conflitos. É ele, afinal, que elege o meio mais adequado para tratar do caso levado ao seu escritório.<sup>708</sup> O processo judicial não pode ser visto como única saída.<sup>709</sup> Os

<sup>704</sup> CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade na justiça civil, p. 406.

<sup>705</sup> SALAMA, B. M. Análise econômica da arbitragem, p. 382-383.

<sup>706</sup> ALMEIDA, D. A. R. de. O princípio da adequação e os métodos de soluções de conflitos, p. 200.

<sup>707</sup> COOLEY, J. W. *A advocacia na mediação*. Brasília: Editora UNB, 2001. p. 15-16.

<sup>708</sup> Segundo Fábio Tenenblat, “decidir entre o ajuizamento ou não de um processo judicial, entre o recurso ou o acordo diante de uma sentença desfavorável, significa, em última análise, sopesar prós e contras e ponderar riscos e probabilidades em face dos possíveis resultados finais. Decerto, cada indivíduo toma suas decisões conforme as informações de que dispõe, com a influência de suas convicções e de sua personalidade. Por conseguinte, frente a mesma situação, diferentes indivíduos podem (ou não) tomar decisões distintas. Segundo Rachlinski (1996), toda ação judicial é uma aposta, sendo que os litigantes fazem suas escolhas avaliando a relação entre sua riqueza e o que está em jogo no processo.” (TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 27). Também nesse sentido: MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 392-394.

<sup>709</sup> VIGORITI, V. Mito e realtà, p. 394.

demais meios de resolução de disputas devem ser considerados. O próprio escritório de advocacia pode ser o foro adequado para o debate e a solução da causa.<sup>710</sup>

Esse é o novo perfil do “advogado pragmático”: comprometido com a melhor solução da causa de seu cliente, busca o meio mais adequado, eficiente e econômico de resolução da disputa.

É claro que o novo papel do advogado também deve se ajustar aos outros atores com capacidade postulatória, como é o caso dos membros do Ministério Público. O “Ministério Público pragmático” também não se descarta de buscar tutela aos interesses por ele protegidos pelos meios alternativos à jurisdição, especialmente os instrumentos extrajudiciais de que dispõe, como é o caso das recomendações<sup>711</sup> e dos termos de ajustamento de conduta<sup>712</sup>, este, sabidamente, título executivo extrajudicial.<sup>713</sup>

Mais do que buscar alternativas à jurisdição, advogados e promotores pragmáticos avaliam as consequências práticas das suas ações e decisões.

Suas ações devem ser pensadas para dar certo e não apenas para se desincumbir de um dever ou obrigação. Não basta propor ações. As ações propostas devem ser viáveis e construídas com base nas diretrizes pragmáticas, avaliando-se as reais probabilidades de sucesso.<sup>714</sup> O advogado e o promotor pragmáticos são propositivos, cooperam com o juiz na busca pelas melhores e mais justas soluções. São predispostos à conciliação e ao acordo, percebendo que a radicalidade de posições normalmente conspira contra a duração razoável do processo e à efetiva proteção do bem jurídico em foco. O direito processual civil, como observa REMO CAPONI, na sua busca radical e constante de um certo e de um errado no passado, “comumente determina uma fratura insanável, enquanto a conciliação se presta de maneira melhor a alargar as perspectivas e a preservar as relações futuras entre as partes, segundo a sugestiva visão da justiça coexistencial.”<sup>715</sup>

#### 4.7.2 Reavaliar a destinação dos honorários advocatícios de sucumbência

---

<sup>710</sup> É importante lembrar que “o instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores” é título executivo extrajudicial, conforme art. 585, II, do CPC.

<sup>711</sup> Art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/1993.

<sup>712</sup> Art. 5º, §6º, da Lei 7.347/1985.

<sup>713</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 269-274.

<sup>714</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 27-28.

<sup>715</sup> CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade na justiça civil, p. 407.

Deve ser reavaliada a opção legislativa de se destinar os honorários advocatícios de sucumbência para o advogado, conforme as regras dos arts. 22 e 23 do Estatuto da OAB de 1994 – e não mais à parte vencedora –, conforme vigorava no art. 20 do CPC, desde 1974. Isso, considerando o papel pragmático do advogado na eleição racional do meio de resolução da disputa mais adequado, eficiente e econômico, e também as orientações do *Law and Economics*, no sentido de que essa eleição racional leva em conta as expectativas de ganho, frente aos custos imediatos do processo.<sup>716</sup>

Deve-se avaliar, empiricamente, até que ponto a dupla incidência de honorários advocatícios – os contratuais e os de sucumbência – não representa um sério estímulo econômico para que o advogado priorize o processo judicial sobre os outros meios de resolução de disputas, nos quais há apenas a incidência de honorários previstos em contrato particular. VINCENZO VIGORITI já observou, com precisão, que quanto “maggiori sono le pressioni economiche (di mercato) a cui è soggetta l'avvocatura, tanto maggiore sarà la propensione di questa ad usare del processo, più che a collaborare al buon funzionamento dell'istituto.”<sup>717</sup>

Ora, se a resposta for positiva – e intui-se que o seja –, então tal opção deve ser abandonada, por comprometer a estratégia pragmática de intensificação do uso dos meios alternativos de solução de conflitos, como meio de racionalização da própria atividade jurisdicional.

Alternativamente, podem ser pensados outros estímulos econômicos para que o advogado opte pela arbitragem ou outro meio alternativo, em vez da jurisdição estatal.

Mas, enquanto permanecer a situação como está (maiores expectativas de ganho para o advogado no processo judicial), permanecerá o desequilíbrio na competição entre os dois modelos de solução de controvérsias. Favorece-se o modelo estatal em detrimento ao modelo privado, com a contínua preferência do advogado pelo modelo estatal, dado o incentivo econômico do *bis in idem* da verba honorária,

---

<sup>716</sup> Segundo a Teoria Econômica da Litigância, “O autor ingressará com uma ação quando os seus custos com o processo forem menores que suas expectativas de ganhos com ele.” (SHAVELL, Steven. *Economic analysis of litigation and the legal process. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Cambridge/MA, Harvard Law School, n. 404, fev. 2003, cap. 17, p. 1, tradução nossa).

<sup>717</sup> “maiores são as pressões econômicas (de mercado) a que se sujeita a advocacia, tanto maior será a propensão desta a usar o processo, mais que a colaborar ao bom funcionamento do instituto.” (VIGORITI, V. *Mito e realtà*, p. 395, tradução nossa).

ainda quando o modelo privado possa representar uma solução mais adequada e eficiente para o cliente.

#### 4.7.3 Limitar o acesso ao Judiciário para ampliar o acesso à Justiça

O pragmatismo também conclama uma revisão no conceito de acesso à justiça, para que não continue sendo confundido com acesso ao Judiciário.<sup>718</sup> Como sugere FÁBIO TENENBLAT, é preciso “limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça.”<sup>719</sup>

Em primeiro lugar, deve-se conceber que o acesso adequado aos meios alternativos de resolução de disputas também deve integrar a noção de acesso à justiça.

Em segundo lugar, à luz das contribuições do *Law and Economics*, devem ser implementados meios eficientes para prevenir e evitar ações judiciais como apostas gratuitas.<sup>720</sup> O acesso à justiça não deve permitir as aventuras jurídicas de custo zero.<sup>721</sup>

A gratuidade processual, não obstante a sua relevância para garantir o acesso à justiça aos verdadeiramente necessitados, deve ser revista para evitar o abuso da litigância inconsequente.<sup>722</sup>

Nesse aspecto, a primeira providência necessária é restringir o benefício “aos que comprovarem insuficiência de recursos”, na forma do que estabelece a Constituição (art. 5º, LXXIV), não bastando a mera afirmação, na petição inicial, de hipossuficiência econômica (art. 4º, da Lei 1.060/1950, com redação dada pela Lei 7.510/1986, anterior à Constituição).

A experiência tem demonstrado o abuso na utilização do benefício, pela falta da exigência judicial de comprovação da hipossuficiência.<sup>723</sup> Não raro, milionários ajuízam ações postulando o regime de justiça gratuita.<sup>724</sup> Por outro lado, os verda-

---

<sup>718</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 24.

<sup>719</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 23.

<sup>720</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 28-29.

<sup>721</sup> VIGORITI, V. Mito e realidade, p. 394.

<sup>722</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 28-32.

<sup>723</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 28; MUSCARI, Marco Antônio Botto. Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, mar. 2010. p. 308.

<sup>724</sup> TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, p. 28-29; MUSCARI, M. A. B. Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos, p. 308.

deiramente necessitados não terão problemas em realizar a comprovação, pelo que a nova sistemática não lhes privará o acesso à justiça, equilibrando o sistema.

Nessa mesma linha de raciocínio juseconômico, não há como continuar admitindo execuções, especialmente as fiscais, com valores irrisórios, insuficientes para fazer frente às despesas do próprio processo executivo.<sup>725</sup> É questão de custo/benefício. Qual é o sentido do Estado cobrar uma dívida, quando as despesas para tal cobrança superam o próprio crédito? Quanto se compromete da prestação jurisdicional executiva com essas execuções que só amealham prejuízos econômicos para os cofres do próprio Estado, globalmente considerado?

Uma pesquisa empírica, decorrente da quarta diretriz pragmática, certamente poderia melhor exibir essa realidade, mostrando o custo real desses mesquinhos empreendimentos, para reorientar os caminhos da jurisprudência.

#### 4.7.4 Racionalizar o acesso aos tribunais superiores

Quando se depara com as características e os procedimentos dos recursos especial e extraordinário, tal qual preconizados no texto original da Constituição de 1988 (arts. 102, III, e 105, III), e se consta que tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal julgam milhares desses recursos por ano,<sup>726</sup> uma coisa se deduz: esse sistema recursal “excepcional” não foi feito para dar certo.<sup>727</sup>

---

<sup>725</sup> Nesse sentido, até hoje, mantém-se, antipragmaticamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMPOSTO MUNICIPAL. VALOR IRRISÓRIO. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A extinção da execução fiscal, sem resolução de mérito, fundada no valor irrisório do crédito tributário, é admissível quando prevista em legislação específica da entidade tributante. 2. O crédito tributário regularmente lançado é indisponível (art. 141, do CTN), somente podendo ser remetido à vista de lei expressa do próprio ente tributante (art. 150, § 6º, da CF/1988 e art. 172, do CTN), o que não ocorre na presente hipótese. 3. Incumbe aos Municípios a disposição que permite legislar sobre interesse local, nos termos do art. 30, da Carta Magna. 4. A intervenção do judiciário na presente hipótese importa na afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, restringindo, outrossim, o direito de ação do Município, um vez que, estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, não há qualquer impedimento legal ao ajuizamento da demanda no valor lançado pela Administração. 5. Recurso especial desprovido.” (STJ, 1ª Turma, REsp 999.639/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/05/2008, DJe 18/06/2008).

<sup>726</sup> Segundo os dados estatísticos do próprio Supremo Tribunal Federal, em 2006, foram distribuídos cerca de 116.216 processos; desses, 54.575 eram recursos extraordinários e 56.141 eram agravos de instrumento para provocar o conhecimento de recursos extraordinários não conhecidos na origem; a partir de 2007, com a regulamentação da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (STF, QO-AI 664.567), os números começaram a cair: em 2012, foram 46.392 processos distribuídos, sendo 6.042 recursos extraordinários e 6.198 agravos de instrumento (cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 15 jul. 2013). No entanto, em 2012, foram realizados 87.784 julgamentos no total, com a publicação de 11.794 acórdãos (cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em:

Primeiro, porque o grau de complexidade normativa desses recursos, seja de ordem legal/constitucional, seja de ordem jurisprudencial, restringe-os a “pessoas excepcionais”, capazes de assimilar e operacionalizar tantos e tantos detalhes técnicos. Não é à toa que proliferam escritórios de advocacia especializados para a interposição e o acompanhamento dessas singulares peças recursais. O advogado tem que estar atento a cada nova regra legal ou a cada guinada jurisprudencial. Montar um recurso especial ou um recurso extraordinário não é tarefa para principiantes; fazer conhecer um desses recursos é missão para poucos eleitos.

Segundo, porque a pretendida excepcionalidade nunca chegou a se concretizar. Recorrer por meio do especial ou do extraordinário não é exceção; é regra. O advogado que não vai (ou não tenta ir) às instâncias superiores é considerado relapso ou negligente, não merecendo destaque ou reconhecimento. O STJ e o STF, na prática, tornaram-se o terceiro e o quarto graus de jurisdição, protraindo no tempo o trânsito em julgado da decisão original.

A “jurisprudência defensiva”, que constantemente cria novos filtros para a admissibilidade desses recursos, é o sinal mais expressivo da saturação ou da falência desse múltiplo sistema recursal.

Por isso, é pragmática a Proposta de Emenda Constitucional 15/2011, conhecida como “PEC dos Recursos”, no sentido de abolir os recursos especial e extraordinário, transformando-os em ações rescisórias especial e extraordinária.

Caso essa proposta seja aprovada, o sistema recursal retoma sua racionalidade intrínseca, circunscrevendo o debate da causa às instâncias ordinárias – juízo da causa e tribunal de apelação –, possibilitando a execução definitiva do julgado logo após o reexame da causa em segundo grau. Essa ideia, por conseguinte, se afina com a promessa constitucional de duração razoável do processo.

Não se prejudica, por outro lado, o acesso aos tribunais superiores. Ele apenas é recolocado na sua posição primordial: como medida excepcional, apenas

---

17 jul. 2013). No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 2011, foram registrados 295.102 casos novos (<[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel\\_completo\\_stj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_stj.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2013), sendo julgados 309.000 processos (cf. <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=estat%EDsticas](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estat%EDsticas)>. Acesso em: 15 jul. 2013).

<sup>727</sup> Para possibilitar uma comparação, a Suprema Corte norte-americana e a Suprema Corte do Reino Unido não julgam mais do que 80 processos por ano (cf. ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 186, ago. 2010. p. 308; ATAÍDE JUNIOR, V. de P. *O novo juiz e a administração da justiça*: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil, p. 127).

para garantir a supremacia da Constituição ou a unidade do direito federal. Não é meio para corrigir erros ou injustiças do caso concreto. Praticamente, os advogados não mais serão pressionados a “recorrerem até as últimas instâncias”, pois a instância final será o tribunal de apelação.

#### 4.7.5 Combater o abuso processual e rever a configuração das multas processuais

As sanções processuais por litigância de má-fé devem ser radicalizadas como meios inibitórios das lides temerárias (arts. 17 e 18, CPC).

A utilização desses mecanismos pelos juízes e tribunais ainda é rara.<sup>728</sup> A conivência judicial com as aventuras jurídicas inconsistentes é antipragmática. Mas também é antipragmática a forma de cálculo legal dessas sanções, com base no valor causa, que é apontado pelo autor na inicial (art. 18, CPC), impossibilitando, no mais das vezes, a fixação de valor com o rigor necessário para fins punitivos e desestimulantes.

Além disso, também é antipragmática – senão violadora da isonomia processual – a imunidade processual conferida aos procuradores das partes, os quais, mesmo sem conhecimento do mandante, podem violar a probidade processual e ficar isentos de sanções processuais aplicadas pelo juiz.<sup>729</sup>

Uma nova sugestão de pesquisa empírica cabe nesse ponto: levantar quantos advogados ou procuradores já sofreram punição disciplinar, por seus órgãos de classe, em decorrência de litigância de má-fé. Os resultados poderão subsidiar uma nova reflexão sobre essa imunidade processual.

Nesse mesmo sentido merece uma urgente revisão pragmática a sanção processual por ato atentatório ao exercício da jurisdição, prevista no art. 14, V e parágrafo único, do CPC, versão tupiniquim das sanções por *Contempt of Court* norte-

---

<sup>728</sup> HOFFMAN, P. Razoável duração do processo, p. 113-117.

<sup>729</sup> Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, conforme demonstra o seguinte julgado: “PROCESSUAL CIVIL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. COMPENSAÇÃO COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A pena por litigância de má-fé deve ser aplicada à parte, e não ao seu advogado, nos termos dos arts. 14 e 16 do Código de Processo Civil. 2. O advogado não pode ser penalizado nos autos em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal do advogado deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94). 3. Precedentes: REsp 1.194.683/MG, Rel. Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 26.8.2010; REsp 1.173.848/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 10.5.2010. Recurso especial provido, para afastar a litigância de má-fé.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1247820/AL, Rel. Min. Humberto Martins, j. 28/06/2011, DJe 01/07/2011).



americanas.<sup>730</sup> A ideia é punir quem desacata a autoridade da Corte, descumprindo ordens ou criando embaraços para a efetivação dos provimentos judiciais. Visa-se a reforçar a autoridade das decisões jurisdicionais. Mas, do jeito como se apresenta no texto legal, não consegue atingir, praticamente, o seu escopo fundamental por várias razões.

Primeiro, porque exclui “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, repetindo a injustificável imunidade processual criada para as sanções por litigância de má-fé; segundo, porque confia apenas na multa processual para prevenir o *Contempt of Court*, deixando desabrigadas situações que não se resolvem por prestações pecuniárias, como o caso de litigantes insolventes ou que mascaram seu patrimônio;<sup>731</sup> terceiro, porque a multa processual também é fixada com base no valor da causa, não possibilitando a fixação de valores em patamares suficientemente altos para punir e prevenir a reincidência; quarto, porque sua cobrança somente pode ser feita após o trânsito em julgado, o qual pode se dar anos após a prática do ato atentatório, enfraquecendo a função de desestímulo; quinto, porque a cobrança do valor, após o trânsito em julgado, deve ser feita pelo sistema falido e ineficiente das execuções fiscais, ou seja, dificilmente será cobrado.

Em outras palavras, a sanção por *Contempt of Court* do direito brasileiro não é séria. Não foi pensada para dar certo, deixando de se constituir em instrumento idôneo para garantir a efetividade das ordens judiciais.

Semelhantemente, como já foi abordado,<sup>732</sup> a multa do art. 461, § 4º, do CPC precisa ser reavaliada pragmaticamente para expandir toda a sua potencialidade coercitiva. Com o entendimento jurisprudencial atual, no sentido de destinar ao autor o produto arrecadado com a multa, em caso de descumprimento da ordem,<sup>733</sup> tem-se fulminado o caráter coercitivo da *astreinte*, pois, na prática, os juízes têm fixado o valor da multa em patamares não suficientemente altos, às vezes irrisórios, dado o receio de enriquecer, injustificamente, o autor. E nos casos em que o juiz fixa

---

<sup>730</sup> Cf. LIMA NETO, Francisco Vieira; BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. Anotações acerca do *Contempt of Court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, p. 129-166, fev. 2011.

<sup>731</sup> Sobre a prisão civil como instrumento coercitivo, para garantir a efetivação de ordens judiciais não-penais, ver: ARENHART, S. C. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 384-396; VENTURI, Elton. Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplimento de dever alimentar. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1575-1586.

<sup>732</sup> Vide 4.5.3.2 Autor *versus* Estado: quem é o verdadeiro beneficiário do produto das *astreintes*?

<sup>733</sup> Esse é o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça: cf. STJ, 4ª Turma, REsp 1006473/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, j. 08/05/2012, DJe 19/06/2012.

a multa em patamares efetivamente coercitivos, as instâncias superiores reduzem o valor, pelo mesmo receio.

Não se pode desconsiderar esses dados empíricos.<sup>734</sup> A jurisprudência referida, utilizando-se de argumentos exclusivamente racionalistas, esquece-se de medir as consequências práticas da sua decisão. Não realiza o teste pragmático. E tais consequências são alarmantes, pois vem comprometendo a credibilidade das ordens judiciais e enfraquecendo o principal – senão o único – instrumento coercitivo de que dispõe os juízes para fazer valer seus provimentos mandamentais.

#### 4.7.6 Ampliar o espectro de atuação do processo coletivo

Também participa desse projeto pragmático o processo coletivo.

O processo coletivo é pragmático porque é solução processual pensada para render as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional: propicia um tratamento mais igualitário de todos os afetados, dá conta das demandas que, individualmente, não seriam ajuizáveis e, sobretudo, racionaliza o trabalho jurisdicional, concentrando em uma ou em poucas ações o que seriam milhares ou milhões a superlotar o Judiciário.

Talvez pela sua excelência em termos pragmáticos, por ser um tipo de processo com tantas promessas de eficiência, capaz de revolucionar o tratamento jurídico das demandas de massa, é que tem sido desprezado pelo legislador, que se recusa a aperfeiçoar suas regras.

Em função disso, como se viu,<sup>735</sup> vem cabendo à jurisprudência pragmática do Superior Tribunal de Justiça atualizar e redesenhar os principais institutos do direito processual coletivo.

Enfim, toda uma gama de institutos processuais deverão ser revistos pragmaticamente reapreciados globalmente, na perseguição contínua por uma melhor prestação jurisdicional.

O método processual pragmático se apresenta como a massa de ligação entre todos esses institutos. É a amálgama metodológica de todas as vanguardas

---

<sup>734</sup> Sobre dados estatísticos dessa realidade, ver ATAIDE JUNIOR, V. de P. A multa coercitiva como crédito do Estado.

<sup>735</sup> Vide, *supra*, item 4.5.3.4 Pragmatismo no Superior Tribunal de Justiça.

processuais. Seguindo-se as diretrizes pragmáticas poderá haver uma homogeneização das soluções, sempre com vistas às melhores consequências práticas.

## 5 CONCLUSÃO

A pesquisa comprovou que o pragmatismo tem orientado decisões em todos os planos de produção do direito processual. Em todas as esferas do conhecimento jurídico-processual podem ser sentidas preocupações com as consequências práticas de tudo o que é decidido ou proposto.

No plano legislativo, o discurso que orientou as últimas reformas processuais ostentou elevada carga pragmática, favorecendo soluções operacionalmente mais eficientes, muito embora cientificamente difíceis de explicar. Leis com as que introduziram os arts. 285-A e 475-O, §2º, II, no CPC, antecedidas pela experiência e com forte compromisso com resultados operacionais, demonstram esse fato. Além disso, a existência de leis baseadas nas experiências de sucesso dos projetos-pilotos também constitui prova de que o empirismo pragmático tem servido à produção do direito processual civil.

No plano judicial, não há como deixar de reconhecer que o pragmatismo, ainda que não aplicado metodologicamente, tem influenciado decisões – por vezes contrárias ao texto da lei ou da Constituição – em todas as instâncias, desde o juízo de primeiro grau (como no cumprimento cooperado de sentenças coletivas, sem execuções individuais, ou no caso da “ação do teto previdenciário”) até o Superior Tribunal de Justiça (como na admissão da suspensão de ofício de ações individuais, na pendência de ação coletiva) e Supremo Tribunal Federal (como na reclamação admitida para fazer prevalecer a jurisprudência do STJ nos Juizados Especiais Estaduais).

Mesmo no plano doutrinário, mais afeto aos expedientes racionalistas, diversos escritores têm feito referências ao pragmatismo e, ao menos, se preocupado com as consequências práticas do que propõem.

Todo esse movimento demonstra a crise paradigmática vivida pelo direito processual civil, que não mais consegue se comportar de acordo com as metodologias tradicionalmente empregadas.

O paradigma racionalista, que trata o direito processual “como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições”, dá fortes sinais de exaustão. Os casos pesquisados, especialmente na prática forense e na jurisprudência, deixaram exposta essa realidade.

Mas o pragmatismo encontrado durante a pesquisa tem que se consolidar enquanto método processual. Somente com uma organização metodológica, o pragmatismo poderá oferecer toda sua potencialidade para a construção de um sistema de justiça mais eficiente quanto à sua finalidade essencial: resolver problemas de maneira adequada, efetiva e tempestiva.

Mais do que isso, o pragmatismo metodologicamente estruturado poderá ser meio para contenção de decisões cujas consequências práticas sejam contrárias às aspirações do sistema de justiça. Somente uma cultura jurídica impregnada pelo pragmatismo poderá evitar decisões como a do caso APADECO/Empréstimo compulsório dos combustíveis e a do caso da legitimidade universal dos partidos políticos para o mandado de segurança coletivo, ambas no Supremo Tribunal Federal, que aniquilaram experiências de sucesso na proteção de direitos fundamentais.

O pragmatismo, enquanto método para a ação, cobra responsabilidade ética dos juízes pelas suas decisões. Nenhum juiz ou tribunal, numa cultura pragmaticamente orientada, poderá se desvencilhar dessa responsabilidade, atribuindo à lei, ou a outra entidade, a culpa pelas desastrosas consequências decorrentes de seus atos.

Para alcançar essa consolidação metodológica do pragmatismo no processo civil, esta tese desenvolveu as diretrizes pragmáticas, como um roteiro ou guia funcional para todos os participantes da produção processual (legisladores, juristas e juízes). Elas manifestam as principais características do pragmatismo – antifundacionismo, antirracionalismo, consequencialismo e empirismo – além dos influxos que a própria experiência fornece. Não se tratam de um produto exclusivo do pensamento. A prática jurídica foi o grande laboratório para demonstrar a viabilidade dessas diretrizes para otimizar a prestação jurisdicional.

As diretrizes do método processual pragmático ajudam a identificar soluções pragmáticas em todos os níveis (nas leis, nos artigos doutrinários e na jurisprudência) e fornecem as ferramentas para que novas soluções processuais possam ser construídas.

O direito processual, a partir da implementação das diretrizes pragmáticas, passará a ser um direito vivo, empiricamente orientado, preocupado com as verdadeiras necessidades de uma prestação jurisdicional de qualidade.

Particularmente no âmbito doutrinário, a tarefa mais urgente dos processualistas pragmáticos será a redescrição ou reconstrução das instituições processuais a partir de um novo vocabulário, como propõe a filosofia de RICHARD RORTY e de JOHN DEWEY. Começar imediatamente a redescrever ou a reconstruir o direito processual com base nas diretrizes pragmáticas, atirando na lixeira todas as discussões de metafísica jurídica, que não rendam quaisquer consequências práticas.

A atividade redescritiva da doutrina auxiliará as demais instâncias de produção do direito processual, tanto a legislativa, como a judicial, que passarão a contar com esse material para fundamentar suas decisões.

Com a progressiva implantação do método processual pragmático, por intermédio das suas diretrizes, maior abertura haverá para a discussão e adoção de técnicas pragmáticas com alto potencial de otimização da qualidade da prestação jurisdicional. Soluções como a do regime processual experimental português, a da delegação normativa do direito processual ao Poder Judiciário, além das propostas do direito comunitário europeu (percursos procedimentais, contratualização e calendário processuais), ganharão maior espaço e evidência.

De uma forma mais ampla, o pragmatismo processual poderá estabelecer uma agenda positiva para todos os atores e participantes da experiência jurídica. Algo como a “mission of optimization” referida por PETER GILLES.<sup>736</sup>

Não se trata de pautar novos projetos de lei, ainda que calcados em pesquisas empíricas e levantamento de dados sobre a realidade judiciária e processual. Trata-se, para além disso, de uma rediscussão do papel que cada ator e sujeito do processo tem a desenvolver para a realização dos escopos processuais.

Prioritariamente, essa agenda deve buscar uma solução (ou um conjunto de soluções) que permita reduzir a quantidade de processos em tramitação nas várias instâncias do Poder Judiciário, sem reduzir a proteção aos direitos fundamentais.

Não se poderá obter uma prestação jurisdicional de qualidade enquanto o Poder Judiciário tiver que dar conta de um número exorbitante de processos,<sup>737</sup> que

---

<sup>736</sup> GILLES, Peter. Truth and efficiency in Civil Proceedings: on deconstruction of the truth-postulate by the mainstream German doctrine of Civil Procedure. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, abr. 2012. p. 139.

aumenta em escala geométrica. Esse é um dado da realidade que precisa ser considerado com urgência. Os juízes precisam de tempo e de serenidade para a meditar sobre as melhores e mais justas decisões. Isso não é possível quando cada juiz tem que resolver centenas ou milhares de processos. No âmbito dos tribunais superiores, nos quais a inquirição pragmática deve ser maior, dada a amplitude dos efeitos de cada decisão, esse problema avulta ainda mais.

Nessa tarefa de urgência, as soluções pragmáticas devem se concentrar nos meios processuais com ampla capacidade de resolução de conflitos, como é o caso do processo coletivo. Resolver milhares de litígios através de uma só ação, não somente na fase cognitiva, como na fase executiva. De outro lado, na maximização do uso dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente a arbitragem e a mediação. Para isso, é claro, será necessário rever muitos conceitos, como os do monopólio estatal na distribuição da Justiça e da autonomia individual em relação ao direito de ação. Mas a revisão desses conceitos é justamente a redescritção do fenômeno processual que o pragmatismo propõe.

Quando a palavra pragmatismo não sofrer mais injustas imprecisões; quando participar – livre mas conscientemente – dos acórdãos, exposições de motivos e manuais de direito processual; quando for associada a um novo estágio metodológico desse direito; então o paradigma racionalista, tão combatido por OVÍDIO BAPTISTA, enfim terá sido derrotado.

---

<sup>737</sup> MUSCARI, M. A. B. Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos, p. 309.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 166, p. 27-70, dez. 2008.

ABREU, Pedro Manoel. Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). t. 1. 1ª reimp. México/D.F.: UNAM, 1992.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de soluções de conflitos. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 195, p. 185-208, mai. 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Ângela Limongi Alvarenga. Projeto de lei n. 166/2010: neoprocessualismo ou protagonismo judicial? Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 53, p. 55-62, abr./jun. 2011.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, p. 167-200, mar. 2011.

ANDREWS, Neil. Arbitration and mediation in England. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, p. 107-129, set. 2009.

\_\_\_\_\_. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 186, p. 299-312, ago. 2010.

\_\_\_\_\_. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, n. 396, p. 233-255, abr. 2008.

\_\_\_\_\_. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A verdade substancial. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Gênesis, n. 03, p. 685-695, set./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARMENGAUD, Françoise. A pragmática. São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A execução individual da sentença coletiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 278-291.

\_\_\_\_\_. A multa coercitiva como crédito do Estado. Curitiba, 2009, 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. As novas reformas do processo civil. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial. In: HIROSE, Tadaaki; SOUZA, Maria Helena Rau de (Orgs.). Curso modular de direito processual civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 227-256.

\_\_\_\_\_. O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. Práxis e Pragma: o direito entre o marxismo e o pragmatismo. In: Anais do I Congresso Internacional de Direito e Marxismo. Caxias do Sul, mar 2011. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2011. p. 572-582.

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

AZEVEDO, Álvaro Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Aplicação do direito e contexto social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La significación social de las reformas procesales. In: SANTOS, Andrés de la Oliva; VÉLEZ, Diego Iván Palomo (Coords.). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago/Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 79-91.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 150, p. 59-69, ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Temas de direito processual. 5ª série. São Paulo, Saraiva, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi. Teresina, ano X, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 4 set. 2012.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomio. A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, abr. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

BECKER, Howard Saul. Métodos de pesquisa em ciências sociais. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 171, p. 9-23, mai. 2009.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Técnicas orgânico-funcionais y procesales de las tutelas diferenciadas. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, p. 130-163, set. 2009.

BERMEJO, Patricia. Reclamo de transparencia en el servicio de justicia. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 167, p. 169-186, jan. 2009.

BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Barueri/SP: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOCHENEK, Antônio César. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais brasileiros. Brasília: CJP, 2013.

BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. A filosofia americana no século XX. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

BONE, Robert Gehlmann. Improving Rule 1: a master rule for the federal rules. Denver University Law Review, Denver/CO, University of Denver, v. 87, p. 287-309, 2010.

\_\_\_\_\_. Making effective rules: the need for procedure theory. Oklahoma Law Review, Norman/OK, University of Oklahoma, v. 61, p. 319-340, 2008.

\_\_\_\_\_. Securing the normative foundations of litigation reform. Boston University Law Review, Boston/MA, Boston University, v. 86, p. 1155-1170, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 190, p. 210-230, dez. 2010.

BORRADORI, Giovanna. A filosofia americana: conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; VAZ, Maurício Seraphim. Eficácia imediata da tutela jurisdicional: causa de insegurança jurídica ou efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 205, p. 251-266, mar. 2012.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 160, p. 61-82, jun. 2008.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

CALMON, Petrônio. O modelo oral de Processo no século XXI. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, p. 47-75, dez. 2009.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, p. 393-413, abr. 2011.

CAMBI, Eduardo; HOFFMAN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 201, p. 59-99, nov. 2011.

\_\_\_\_\_; MINGATI, Vinicius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 196, p. 295-314, jun. 2011.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, p. 397-415, fev. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOZO, Benjamin Nathan. The nature of the judicial process. New Haven: Yale University Press; London: Humphrey Milford/Oxford University Press, 1921.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 180, p. 195-220, fev. 2010.

CARPI, Federico. La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, p. 281-300, dez. 2009.

CARRINGTON, Paul Dewitt. "Substance" and "procedure" in the rules enabling act. Duke Law Journal, Durhan/NC, Duke Law School, v. 1989, n. 2, p. 281-327, abr. 1989.

CHASE, Oscar G. Reflections on civil procedure reform in the United States: what has been learned? What has been accomplished? In: TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo (Coords.). The reforms of civil procedure in comparative perspective. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 167.

CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, p. 273-289, jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 176, p. 105-120, out. 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

CHOLET, Didier. La célérité de la procédure en droit processuel. Paris: L.G.D.J, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein: il processo civile tra libertà e autorità. Rivista di Diritto Processuale, Itália, CEDAM, n. 4, p. 969-1004, 1995.

CLERMONT, Kevin M. Civil procedure's five big ideas. Cornell Law Faculty Working Papers, New York, Cornell Law Faculty, 2011, Paper 88. Disponível em: <[http://scholarship.law.cornell.edu/clshops\\_papers/88](http://scholarship.law.cornell.edu/clshops_papers/88)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 151, p. 72-98, set. 2007.

COOLEY, John W. A advocacia na mediação. Brasília: Editora UNB, 2001.

COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil. 4 ed. Montevideo: Julio César Faura Editor, 2005.

CRIFÒ, Carla. Why teach civil procedural law? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, p. 239-250, dez. 2009.

DANTAS NETO, Renato de Magalhães. Autos virtuais: o novo *layout* do processo judicial brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, p. 173-202, abr. 2011.

DESCARTES, René. Discurso do método. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DENTI, Vittorio. La giustizia civile. Atualizada por Francesca Cuomo Ulloa *et al.* Bologna: Il Mulino, 2004.

DEWEY, John. Experiência e natureza; Lógica: a teoria da investigação; A arte como experiência; Vida e educação; Teoria da vida moral. (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. Minha filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 515-520.

\_\_\_\_\_. Reconstruction in philosophy. Boston: Beacon Press, 1968.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Fundamentos para um direito das políticas públicas. Belo Horizonte, 2011, 355 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 187, p. 69-83, set. 2010.

\_\_\_\_\_. Curso de direito processual civil. 12 ed. Salvador: Podium, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Manual dos Juizados Cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DOUCHY-OUDOT, Méline. Procédure civile. 2 ed. Paris: Gualino Éditeur, 2006.

DUGUIT, Léon. El pragmatismo jurídico. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

DUTRA, Delamar José Volpato. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. Revista Novos Estudos, São Paulo, CEBRAP, n. 62, p. 107-121, mar 2002.

\_\_\_\_\_. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 43-61.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 203, p. 207-234, jan. 2012.

FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: CJF, 1995.

FERNANDES, Débora Chaves Martines. Relação entre demandas individuais e coletivas: “Projeto Cadernetas de Poupança - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, uma análise de caso. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 201, p. 315-355, nov. 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



FONSECA, Vitor. A justiça itinerante e os novos caminhos da justiça. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, p. 251-272, jun. 2010.

FORTES, Simone Barbisan. Juizados especiais federais previdenciários. In: TEIXEIRA, Eduardo Didonet (Coord.) Juizados especiais federais: primeiras impressões. Curitiba: Gênese, 2001. p. 51-85.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 163, p. 161-178, set. 2008.

\_\_\_\_\_. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 164, p. 121-134, out. 2008.

GALVEZ, Juan Federico Doroteo Monroy. Y al final del día: ¿Qué es el garantismo procesal civil? Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ano VI, n. 9, p. 7-20, 2006.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. Informatização e prestação jurisdicional: desafios e perspectivas. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em : <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/sergio\\_garcia.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/sergio_garcia.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2012.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 139-157.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GILLES, Peter. Eletronic civil procedure (some remarks to general aspects in concern of civil court proceedings, teletechnology and e-procedural law). Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 158, p. 189-214, abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Truth and efficiency in Civil Proceedings: on deconstruction of the truth-postulate by the mainstream German doctrine of Civil Procedure. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, p. 135-147, abr. 2012.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 160, p. 325-349, jun. 2008.

\_\_\_\_\_; SILVA, José Adelino Domingos da. Da aplicação concreta do instituto da sentença liminar de improcedência na Justiça Federal de Pernambuco: um estudo de caso. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 159, p. 311-344, mai. 2008.

GOTTWALD, Peter. The european law of civil procedure. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 158, p. 65-92, abr. 2008.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GOUVEIA, Mariana França. Regime processual experimental. Coimbra: Almedina, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los cambios de paradigmas en el derecho procesal: el "neoprocesalismo". Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 151, p. 59-71, set. 2007.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GREY, Thomas C. Judicial review and legal pragmatism. Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Stanford/Califórnia, n. 52, mar. 2002. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=390460>>. Acesso em: 06 mai. 2013.

GUEDES, Enildo Marinho. Curso de metodologia científica. Curitiba: HD Livros Editora, 1997.

GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Direitos fundamentais e processo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HESSEN, Johannes. Teoria do conhecimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 425-429.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

JAMES, William. A vontade de crer. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. Pragmatismo. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. The meaning of truth. Mineola, NY: Dover Publications, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KERN, Christoph A. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, p. 321-385, ago. 2011.

KLEMENT, Alon; DAPHNA, Kapeliuk. Contractualizing procedure. Stanford Law School, (paper) 30/10/2008. Disponível em: <<http://www.law.stanford.edu/sites/default/files/event/262167/media/slspublic/Klement,%20Alon.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2013.

KLOPPENBERG, James T. Pragmatism: an old name for some new ways of thinking? The Journal of American History, New York, Organization of American Historians, v. 83, n. 1, p. 100-138, jun. 1996.

KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos Poderes: judicialização de direitos? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, p. 163-194, jun. 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 173, p. 95-128, jul. 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASK, Emil. Filosofia jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1946.

LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

LEIBLE, Stefan; LEHMANN, Matthias. El arbitraje en Alemania. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 162, p. 25-45, ago. 2008.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. Los elementos de derecho natural. Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

LE ROY, Edouard. What is a Dogma? Chicago/Londres: The Open Court Publishing Company, 1918.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

\_\_\_\_\_. Estudos sobre o processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

LIMA NETO, Francisco Vieira; BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. Anotações acerca do *Contempt of Court* no direito norte-americano. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, p. 129-166, fev. 2011.

LLEDÓ, Juan Antonio Pérez. El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos. Lima: Palestra, Bogotá: Temis, 2008.

LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Ativismo judicial e o novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 205, p. 301-306, mar. 2012.

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo *et al.* (Org.). Repensando a teoria do estado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 283-325.

LUISO, Francesco Paolo. Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Itália, Giuffrè, ano LXV, Supplemento al n. 1, p. 65-73, mar. 2011.

LUPOI, Michele; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Brazilian report on the use of new information technology in the enforcement of judgments. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, p. 317-322, abr. 2011.

MacCABE, Peter G. Renewal of the federal rulemaking process. The American University Law Review, Washington/DC, Washington College of Law, n. 44, p. 1655, 1995.

MacCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 204, p. 351-367, fev. 2012.

MACHADO, Luis Henrique. Agravos driblam filtros dos tribunais superiores. Conjur – Consultor Jurídico, São Paulo, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-16/agravos-driblam-filtros-recursos-dirigidos-aos-tribunais-superiores>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 391-403.

MAIA FILHO, Paulo Américo. Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista. Revista de processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, p. 313-336, mar. 2010.

MARÍAS, Julián. História da filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Precedentes obrigatórios. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Tutela inibitória: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Marcelo Guerra. Direito e economia: uma análise essencial. Direito Federal. Revista da AJUFE, Brasília, AJUFE, ano 25, n. 92, p. 241-262, 1º sem. 2012.

MATTOS, Patrícia Castro. As visões de Weber e Habermas sobre direito e política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATURANA, Humberto. Cognição, ciência e vida cotidiana. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MEIRELES, Edilton. A citação da doutrina nas decisões judiciais no direito comparado. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, p. 151-162, abr. 2012.

MENAND, Louis. The Methaphysical Club: a story of ideas in America. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para tutela dos direitos individuais homogêneos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 297-303.

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 170, p. 215-250, abr. 2009.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 183, p. 165-194, mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORETTI, Ivan Cesar. Empréstimo compulsório sobre combustíveis: a polêmica decisão do STF em ação rescisória. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5513>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, p. 305-312, mar. 2010.

NAÓN, Horacio A. Grigera. Unified national legal treatment of international commercial arbitration: a continuing challenge. The Arbitration Brief, Washington/D.C., American University/Washington College of Law, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2012.

NASCIMENTO, Bruno Dantas; KÖHLER, Marcos Antônio. Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 440-464.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, André Murilo Parente; STROPPIA, Tatiana. Segurança jurídica e o processo civil brasileiro: uma trilha ao *common law*? Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, Dialética, n. 111, p. 33-44, jun. 2012.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Súmula 410 do STJ: breve análise crítica. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 190, p. 231-256, dez. 2010.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 161, p. 101-114, jul. 2008.



NOJIRI, Sérgio. A interpretação judicial do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, p. 116-139, mar. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Sentença arbitrária. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 204, p. 33-50, fev. 2012.

OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 185, p. 283-308, jul. 2010.

\_\_\_\_\_. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 173, p. 179-200, jul. 2009.

OVERTVELDT, Johan Van. The Chicago School: how the University of Chicago assembled the thinkers who revolutionized economics and business. Chicago: B2 Books/Agate Publishing, 2007.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. Análise econômica da litigância. Coimbra: Almedina, 2005.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERLSTADT, Roger J. Article III judicial power and the federal arbitration act. American University Law Review, Washington/D.C., American University/Washington College of Law, v. 62, n. 2, p. 201-252, dez. 2012.

PEYRANO, Jorge Walter. El cambio de paradigmas en materia procesal civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 184, p. 154-162, jun. 2010.

PICARDI, Nicola. Manuale del processo civile. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

PIERCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul (Orgs.). Collected Papers of Charles Sanders Pierce, vol. V, p. 388-410, 1934.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. Regime processual experimental português. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 148, p. 169-180, jun. 2007.

PISANI, Andrea Proto. Appunti su mediazione e conciliazione. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 187, p. 231-238, set. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973.

POSNER, Erik A.; CHOI, Stephen J.; GULATI, Mitu. Judicial evaluations and information forcing: ranking state high courts and their judges. Duke Law Journal, Durham/NC, Duke University School of Law, n. 58/7, p. 1314-1381, abr. 2009.

POSNER, Richard Allen. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POUND, Roscoe. A minha filosofia. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 543-549.

\_\_\_\_\_. Law and morals. Chapel Hill/NC: The University of North Carolina Press, 1926.

POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria política e social. Rio de Janeiro: Re-lume Dumará, 2005.

\_\_\_\_\_. Será o neopragmatismo pragmatista? Revista Novos Estudos, São Paulo, CEBRAP, n. 74, p. 125-138, mar 2006.

PRÜTTING, Hanns. Fundamentos y tendencias actuales en el desarrollo del derecho procesal civil europeo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 190, p. 71-91, dez. 2010.

PUTNAM, Hilary. A teoria da verdade de James. In: PUTNAM, Ruth Anna (Org.). William James. Aparecida/SP: Ideias & Letras, 2010. p. 211-234.

RAGONE, Álvaro Pérez. Actividad probatoria transfronteriza dentro de la Unión Europea: perspectivas en la cooperación judicial comunitaria. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 139, p. 75-101, set. 2006.

\_\_\_\_\_. En torno al proceso monitorio desde el derecho procesal comparado europeo y hacia un monitorio comunitario: caracterización y elementos. In: SANTOS, Andrés de la Oliva; VÉLEZ, Diego Iván Palomo (Coords.). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago/Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 455-485.

RAITI, Giovanni. Il cammino della armonizzazione processual-civilistica in ambito comunitario, tra ambiguità ed eccellenze. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 174, p. 113-139, ago. 2009.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REESE-SCHÄFER, Walter. Compreender Habermas. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Curso de direito processual civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968. v.1.

RICE, Paul R.; DELKER, Neals-Erik William. Federal rules of evidence advisory committee: a short history of too little consequence. F.R.D., 191/678, 2000. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/short\\_history.pdf](http://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/short_history.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2013.

RODRIGUES, Enrique Feldens. A uniformização da interpretação da lei federal no âmbito das decisões dos Juizados Especiais Estaduais e Federais em matéria cível: a função do STJ à luz da lei e da jurisprudência. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 201, p. 301-311, nov. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

RORTY, Richard; ENGEL, Pascal. Para que serve a verdade? São Paulo: Editora UNESP, 2008.

\_\_\_\_\_. Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos I. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

\_\_\_\_\_. Pragmatismo e política. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967. Livro Quarto.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382-390.

SALDAÑA, Quintiliano. Estudio preliminar: el pragmatismo juridico de M. Duguit (prefácio). In: DUGUIT, Léon. El pragmatismo juridico. Madrid: Francisco Beltrán, 1924. p. 13-56.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jéferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, p. 341-371, set. 2009.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Ferreira dos. Jurisprudência defensiva: um combate a ser feito por todos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2983, set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19900>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

SAVARIS, José Antonio. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SCHILLER, Ferdinand Canning Scott. El desafío humanista del Pragmatismo. Madrid: Biblioteca Nueva, 2011.

\_\_\_\_\_. Studies in humanism. London/New York: MacMillan, 1907.

SHAVELL, Steven. Economic analysis of litigation and the legal process. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Cambridge/MA, Harvard Law School, n. 404, fev. 2003.

SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 156, p. 237-250, fev 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 158, p. 9-19, abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOLUM, Lawrence B. Procedural justice. Law and Economics Research Paper Series, University of San Diego School of Law, paper 12, 2005. Disponível em: <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=sandiegolwps-le>>. Acesso em: 22 mai. 2013.

SOUZA, Miguel Teixeira. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 161, p. 203-220, jul. 2008.

STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 200, p. 203-234, out. 2011.

\_\_\_\_\_. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, p. 355-371, mar. 2011.

SURGIK, Aloísio. Lineamentos do processo civil romano. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

\_\_\_\_\_. Gens Gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático. 2 ed. Curitiba: Edições Livro é Cultura, 2004.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Fechamento sistêmico do procedimento dos Juizados Federais pelos precedentes judiciais. Direito Federal. Revista da AJUFE, Brasília, AJUFE, ano 24, n. 91, p. 21-47, 1º semestre 2011.

TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, p. 167-172, mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 152, p. 319-331, out. 2007.

TEIXEIRA, Welington Luzia. A prescrição e a sua decretação de ofício pelo juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 185-189.

TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. Revista CEJ, Brasília, ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”: espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, p. 13-49, ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Curso de direito processual civil. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os

processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 178, p. 153-179, dez. 2009.

TROPER, Michel. A filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ULEN, Thomas S. The unexpected guest: law and economics, law and other cognate disciplines, and the future of legal scholarship. Chicago-Kent Law Review, Chicago, Kent, n. 79, p. 403-429, 2004.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Filosofia da práxis. Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

VÉLEZ, Diego Iván Palomo. Modelo procesal civil chileno: conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje formal facilitador. In: SANTOS, Andrés de la Oliva; VÉLEZ, Diego Iván Palomo (Coord.) Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 159-175.

VENTURI, Elton. Execução da tutela coletiva. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1575-1586.

\_\_\_\_\_. O STF e a restituição do empréstimo compulsório: desserviço à democracia. Gazeta do Povo, Curitiba, 17 de maio de 2004.

\_\_\_\_\_. Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro: conciliazione e *class action*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, p. 297-304, mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Mito e realtà. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, p. 387-396, fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Superabili ambiguità: le proposte europee in tema di ADR e di ODR. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 206, p. 273-279, abr. 2012.

VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. Justiça material *versus* segurança jurídica: implicações no processo civil e aplicação dos postulados normativos para a solução do embate. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 162, p. 303-329, ago. 2008.

WAAL, Cornelis de. Sobre pragmatismo. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de *et al.* (Coord.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 530-542.

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

\_\_\_\_\_; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 142, p. 7-19, dez. 2006.

WARAT, Luís Alberto. A Ciência Jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WATANABE, Kazuo *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

WHITTEN, Ralph U. Separation of powers restrictions on judicial rulemaking: a case study of federal rule 4. Maine Law Review, Portland/ME, University of Maine School of Law, n. 40, p. 41-115, 1988.



WOLGRAND, Walber. O pragmatismo político e o PT (ou “Ele rouba, mas faz”). Recanto das Letras, São Paulo. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2371157>>. Acesso em: 10 set. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

282

## **ANEXO 1**

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA 2001.70.00.040170-0/PR**

#### **DECISÃO**

1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **Sindicato dos Trabalhadores em Educação de 3º Grau Público de Curitiba, Região Metropolitana e Litoral (SINDITEST-PR)**, com inicial distribuída em 12/12/2001, na qual requereu a condenação da **Universidade Federal do Paraná (UFPR)** ao pagamento do *auxílio-alimentação* aos seus servidores públicos federais, durante o gozo de férias, licenças-prêmio por assiduidade e licença para tratamento de saúde.

Pela sentença de fls. 324/327, o pedido foi julgado improcedente, decisão essa reformada pelo Egrégio TRF da 4ª Região, em recurso de apelação do autor, reconhecendo-se como devido o auxílio-alimentação ao servidor público federal em períodos de férias, licença-prêmio e licença saúde (fls. 370/375).

Apreciando embargos declaratórios, foram fixados honorários advocatícios em R\$ 1.500,00, em favor da entidade autora, e deferida a compensação dos valores já pagos em decorrência do Ofício Circular 03/SRH/MP, expedido em 01/02/2002.

O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando Recurso Especial ajuizado pela ré, alterou o julgado apenas para fixar os juros de mora em 6% ao ano, ante a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 ( fls. 462/466).

Houve trânsito em julgado em 06/09/2007 (fls. 480-481).

Brevemente relatado, passo a decidir sobre o cumprimento do acórdão.

2. Há algum tempo o processo coletivo brasileiro convive com uma clara insuficiência legislativa, especialmente no que tange à proteção dos direitos e interesses individuais homogêneos.

O nosso sistema geral de tutela coletiva ainda se divide entre a Lei da Ação Civil Pública, de 1985 (n.º 7.347/1985), e o Título III do Código de Defesa do Consumidor, de 1990 (n.º 8.078). A par desse sistema geral, contamos com uma série de diplomas particulares, que se limitam a reproduzir as mesmas regras de tutela coletiva para determinados direitos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, etc).

Durante mais de duas décadas pudemos experimentar esse sistema. Muito se avançou, é verdade. Mas, com o aprofundamento da litigiosidade coletiva

(especialmente a de direitos individuais homogêneos), o sistema começou a demonstrar sinais de fadiga, deixando de dar respostas satisfatórias às promessas de celeridade e estabilidade decorrentes da própria noção de processo coletivo: um processo capaz de forjar uma decisão universal, igualitária, atendendo milhares de demandas através de uma só iniciativa; menos processos, com mais soluções.

A fase de conhecimento da ação civil pública e das ações coletivas em geral quase que atendeu aos reclamos de universalidade e estabilidade, não fossem as lamentáveis limitações impostas, a fórceps, à extensão subjetiva da coisa julgada *erga omnes*, beneficiando apenas os substituídos encontrados nos limites da competência territorial do órgão prolator (art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 9.494/1997, produto da conversão da Medida Provisória 1.570-5, de 21/8/1997; no mesmo sentido, o art. 2º-A da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35, de 24/8/2001). Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça perdeu a chance de corrigir essa distorção, ratificando esses dispositivos que conspiram contra a universalidade do processo coletivo (cf. STJ, 2ª Seção, EREsp 411.529/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, julgado em 10/03/2010, DJe 24/03/2010).

**Mais crítica, no entanto, é a situação do cumprimento das sentenças coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos.**

Segundo os artigos 91-100 do Código de Defesa do Consumidor (aplicáveis a qualquer espécie de direitos individuais homogêneos, conforme art. 21 da Lei 7.347/1985), a sentença coletiva deve ser genérica, possibilitando que as vítimas e seus sucessores promovam as respectivas liquidações e execuções individuais.

Em outras palavras, de uma ação coletiva, de caráter universal (ressalvadas as limitações expostas), poderão surgir milhares de liquidações/execuções individuais, sobrelotando o Judiciário de processos praticamente iguais. O que era coletivo, passa a ser individual.

O atual sistema legislativo não prevê mecanismos para uma **verdadeira execução coletiva**, capaz de conceder materialmente o direito reconhecido às vítimas, sem exigir que elas ingressem com execuções individuais. O que é conferido com uma das mãos, é retirado com a outra: coletiva a fase de conhecimento, individual é a fase de execução. Não se alivia o Judiciário das ações individuais, pois elas virão, com autonomia, na fase de cumprimento.

**O exemplo dessa insuficiência instrumental da execução no processo coletivo é o caso dos presentes autos.**

Os substituídos do sindicato-autor obtiveram o reconhecimento do direito ao auxílio-alimentação, através da ação civil pública.

No entanto, vêm esses substituídos a promover a execução dos valores que entendem devido, fazendo-o através de execuções individuais autônomas pelo meio eletrônico (art. 13 da Resolução n.º 17/2010 do TRF da 4ª Região).

Até a presente data, em rápida contagem, contabilizam-se mais de uma centena de processos eletrônicos já ajuizados para execução individual do título judicial coletivo. Mas o universo de beneficiados com tal julgado, de acordo com o ofício 139/2010-PROGEPE-GPR, é de, aproximadamente, **5.600 servidores**.

Destarte, algumas milhares de execuções ainda serão ajuizadas, as quais poderão ser **duplicadas** em função dos prováveis embargos à execução contra a Fazenda Pública, manejados conforme o art. 730 do CPC.

Apesar de uma só ação civil pública ter sido o bastante para declarar o direito, em genuína função coletiva, serão necessárias mais de **10.000 ações** (execuções + embargos) para garantir o recebimento dos valores devidos a cada servidor público beneficiado, demonstrando que, ao final das contas, o processo coletivo para quase nada serviu.

Essa insuficiência legislativa não só compromete o espírito do processo coletivo e o direito fundamental à duração razoável do processo, como torna **o processo executivo muito mais oneroso para a Fazenda Pública**: não só haverá maior dispêndio de tempo e dinheiro pela atividade redobrada de seus Procuradores Federais, como haverá forte impacto financeiro, diante da incidência de novos honorários advocatícios nas execuções individuais (cf. Súmula 345 do STJ: são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas), aumentando em cerca de 10% o valor executado.

Diante desse quadro de insuficiência legislativa e com uma perspectiva de *hiperinflação processual*, com 10.000 processos a mais para o mesmo juízo, o que certamente comprometerá a qualidade dos serviços judiciais prestados em geral, pergunta-se: **qual deve ser a postura do juiz?**

O juiz não poderá omitir-se.

Deverá construir soluções processuais que tenham aptidão de provocar melhores resultados, obstados pela carência legislativa. Vale dizer, deverá agir **pragmaticamente**, no sentido atingir **uma melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e dasafogando-se sua estrutura**.

Com essa inovadora metodologia processual já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em matéria de processos coletivos (negritei):

*PROCESSO CIVIL. PROJETO "CADERNA DE POUPANÇA" DO TJ/RS. SUSPENSÃO, DE OFÍCIO, DE AÇÕES INDIVIDUAIS PROPOSTAS POR POUPADORES, ATÉ QUE SE JULGUEM AÇÕES COLETIVAS RELATIVAS AO TEMA. PROCEDIMENTO CONVALIDADO NESTA CORTE EM JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO INDIVIDUAL, ANTERIORMENTE SUSPensa, EM LIQUIDAÇÃO, APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO COLETIVA. REGULARIDADE.*

1. É impossível apreciar a alegação de que restou violado o princípio do juiz natural pela atribuição a determinado juiz da incumbência de dar andamento uniforme para todas as ações individuais suspensas em função da propositura, pelos legitimados, de ações coletivas para discussão de expurgos em caderneta de poupança. Se o Tribunal afastou a violação desse princípio com fundamento em normas estaduais e a parte alega a incompatibilidade dessas normas com o comando do CPC, o conflito entre lei estadual e lei federal deve ser dirimido pelo STF nos termos do art. 102, III, alíneas "c" e "d" do CPC).
2. A suspensão de ofício das ações individuais foi corroborada por esta Corte no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia Repetitiva nº 1.110.549/RS, de modo que não cabe, nesta sede, revisar o que ficou ali estabelecido. **Tendo-se admitido a suspensão de ofício por razões ligadas à melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e dasafogando-se sua estrutura, as mesmas razões justificam que se corrobore a retomada de ofício desses processos, convertendo-se a ação individual em liquidação da sentença coletiva. Essa medida colaborará para o mesmo fim: o de distribuir justiça de maneira mais célere e uniforme.**
3. Se o recurso interposto contra a sentença que decidiu a ação coletiva foi recebido com efeito suspensivo mitigado, autorizando-se, de maneira expressa, a liquidação provisória do julgado, não há motivos para que se vincule esse ato ao trânsito em julgado da referida sentença. A interpretação conjunta dos dispositivos da LACP e do CDC conduz à regularidade desse procedimento.
4. Inexiste violação do art. 6º, VIII, do CDC pela determinação de que a instituição financeira apresente os extratos de seus correntistas à época dos expurgos inflacionários, nas liquidações individuais. O fato de os contratos terem sido celebrados anteriormente à vigência do Código não influi nessa decisão, porquanto se trata de norma de natureza processual.
5. Ainda que não se considere possível aplicar o CDC à espécie, o pedido de exibição de documentos encontra previsão expressa no CPC e pode ser deferido independentemente de eventual inversão do ônus probatório. Consoante precedente da 3ª Turma (REsp 896.435/PR, de minha relatoria, DJe 9/11/2009), a eventual inexistência dos extratos que conduza à impossibilidade de produção da prova pode ser decidida pelo juízo mediante a utilização das regras ordinárias do processo civil, inclusive com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme o caso.
6. A autorização de que se promova a liquidação do julgado coletivo não gera prejuízo a qualquer das partes, notadamente porquanto a atuação coletiva deve prosseguir apenas até a fixação do valor controvertido, não sendo possível a prática de atos de execução antes do trânsito em julgado da ação coletiva.
7. Recurso improvido.  
(REsp 1189679/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 17/12/2010)

Com essa nova linha metodológica pragmática, assumida abertamente pelo STJ em matéria de processos coletivos (ainda que não explicitamente), cabe outorgar ao presente processo coletivo, que trata de direitos individuais homogêneos, novos contornos normativos para o cumprimento do acórdão de mérito, no sentido de **eliminar as execuções individuais, sem comprometer o acesso à jurisdição executiva, ou seja, conceder o bem da vida reconhecido como direito, a todos os servidores que a ele fazem jus, sem a necessidade da iniciativa individual.**

O resultado que se deve buscar é o pagamento dos valores devidos a cada um dos servidores substituídos, sem hiperflacionar de processos o Judiciário, com redução de custos e de tempo.

Melhor ainda: criar, para o caso concreto, uma verdadeira execução coletiva, que dispense execução individual, sem prejudicar os direitos adquiridos, tornando o **processo efetivamente coletivo, mais barato e eficiente.**

Como fonte de inspiração para as soluções processuais reclamadas para o presente processo coletivo, busco o Projeto de Lei n.º 5.139/2009 (Senado Federal), que visava a disciplinar a **nova ação civil pública**, elencando, como princípio da tutela coletiva, **a preferência pela execução também coletiva (art. 3º, IX).**

No mesmo projeto, sobre as técnicas de tutela coletiva, apresentam-se as seguintes soluções (negritei):

*Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de **valores a serem individualmente pagos aos prejudicados** ou de valores devidos coletivamente, **impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução**, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogoratórias.*

*Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.*

*§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível **o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida**, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogoratórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.*

*§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.*

*§ 3º **Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da in-***

**denização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.**

§ 4o Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, **a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.**

§ 5o O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6o Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

É lamentável que o Congresso Nacional, em especial o Senado da República, tenha perdido a chance de colmatar as insuficiências legislativas do processo coletivo, com a aprovação deste projeto de lei, fruto de amplas discussões da comunidade jurídica nacional. Registre-se que o projeto, avalizado pelo Ministério da Justiça, foi produzido a partir de um anteprojeto formulado por uma Comissão de Juristas (Portaria 2.481/2008-MJ), presidida pelo então Secretário da Reforma do Poder Judiciário e atual Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rogério Favretto, e composta por processualistas de escol, com trabalhos relevantes na área do direito processual coletivo (Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; André da Silva Ordacy; Antonio Augusto de Aras; Antonio Carlos Oliveira Gidi; Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Elton Venturi; Fernando da Fonseca Gajardoni; Gregório Assagra de Almeida; Haman de Moraes e Córdova; João Ricardo dos Santos Costa; José Adonis Callou de Araújo Sá; José Augusto Garcia de Souza; Luiz Manoel Gomes Junior (relator); Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Ricardo Pippi Schmidt; Rogerio Favreto (Presidente) e Sergio Cruz Arenhart).

De qualquer forma, dada a necessidade de uma postura mais ativa do juiz da execução coletiva, não se podem menosprezar soluções processuais como estas do projeto de lei, que foram bem pensadas para modernizar e otimizar o processo coletivo no país.

Com essas propostas e as novas tendências metodológicas que vêm avançando no sistema processual brasileiro, há um elemento de ligação fundamental: **a cooperação**.

Quero dizer com cooperação a ideia de construir essas novas soluções processuais de maneira horizontal e dialogada: o juiz senta-se à mesa de audiências para elaborar com as partes e seus procuradores as regras do jogo, tendo, como

meta, a supressão das dificuldades processuais encontradas diante das insuficiências legislativas.

No Projeto de Lei n.º 5.139/2009, também encontra-se elencado, como princípio do processo coletivo, **o dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva** (art. 3º, VII).

Adotarei essa matriz cooperativa para definir um cumprimento de sentença coletiva que dispense as execuções individuais, sem comprometer o completo e justo atendimento ao direito material reconhecido.

Mas para que o processo cooperativo se realize de maneira eficiente, devo traçar alguns parâmetros iniciais, os quais serão objeto de debate durante a audiência que será designada. Esses parâmetros não são as regras definitivas, as quais serão estabelecidas na audiência.

Registro, desde logo, que o conjunto de parâmetros adiante traçado não retirará das partes os inafastáveis direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, integrantes da cláusula do *due process of law*. A meta é racionalizar procedimentos e produzir grande economia de meios de todas as partes envolvidas, resultando em célere prestação jurisdicional, com rápido pagamento para cada servidor favorecido e menor gravame para o patrimônio público. Mas as partes poderão objetar as soluções processuais e as regras de direito material na própria audiência, quando serão estabelecidos os critérios finais da execução coletiva. Caso as objeções não possam ser acolhidas, as partes poderão se manifestar através dos recursos pertinentes, com um detalhe importe: o farão uma vez só, no âmbito da ação coletiva, pois esta decisão valerá para todos os casos individuais, ressalvadas situações peculiares, que poderão ser apresentadas posteriormente e corrigidas no próprio processo coletivo em liquidação/execução. Não serão necessários 5.000 embargos à execução, nem 5.000 agravos, nem 5.000 apelações. As regras do jogo são decididas em audiência, uma só vez, como se deve querer para um autêntico processo coletivo.

**E neste caso específico**, a liquidação é muito singela, pois as partes já possuem a relação dos servidores atingidos pela coisa julgada, contendo todos os períodos de afastamento, restando, tão-somente, expurgar os dias não úteis para fins de multiplicação pelo valor unitário do auxílio alimentação. Exclusivamente para se ter uma dimensão do valor médio devido a cada servidor, cotejando as execuções já propostas, encontra-se, com pequenas variações, **o montante arredondado de R\$ 1.000,00 (um mil reais)**.

**3. Após essa necessária fundamentação**, designo para o dia **03 de outubro de 2011, às 14h30min, audiência especial** para traçar, com as partes e seus procuradores, os rumos da execução coletiva.

Nesse curso, e de posse dos dados do processo, passo a estabelecer os parâmetros iniciais para o debate em audiência, na qual serão fixadas as regras definitivas, inclusive no tocante aos critérios jurídicos:



**3.1.** A UFPR se compromete a trazer, **no prazo de 90 (noventa) dias**, a contar a relação dos servidores atingidos pela coisa julgada desta ação civil pública, contendo os respectivos valores finais devido, observando as seguintes diretrizes:

**a)** número de dias **úteis** que o servidor esteve em férias, licença-prêmio por assiduidade ou para tratamento de saúde, indicando o período e o valor diário do Auxílio Alimentação da época, respeitando o interregno de 31/10/1996 a 01/02/2002, observada a prescrição quinquenal; observe-se que a Lei nº 9.527/97 alterou o art. 22 da Lei nº 8.460/92, substituindo o termo “efetivo exercício” por “dia trabalhado”, ou seja, **a incidência do auxílio-alimentação deve respeitar os dias úteis**;

**b)** o valor consolidado de cada beneficiário, dando-lhe correção monetária pelo INPC, desde a data em que devido o benefício, e, a partir da citação, juros de mora de 6%, conforme decidido pelo STJ, às fls. 462-464, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir da qual, “independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, publicada no DOU de 30/6/2009). **Aponto que, no âmbito do STJ, a aplicação imediata da Lei 11.960/2009 aos processos em curso foi definida pela Corte Especial, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.207.197, relatado pelo Min. Castro Meira (j. 18/5/2011, DJe 2/8/2011), compatibilizando-se com a jurisprudência do STF no mesmo sentido;**

**c)** compensação, com explicitação do valor, de eventuais parcelas já pagas em decorrência do Ofício Circular 03/SRH/MP, expedido em 01/02/2002;

**3.2.** Com a memória atualizada do cálculo, o Sindicato, **no prazo de 90 (noventa) dias**, se compromete a conferir e, eventualmente, apontar correções aos valores encontrados, consideradas as diretrizes fixadas;

**3.3.** Havendo a anuência do Sindicato, expedem-se as respectivas Requisições de Pequeno Valor (RPV's), sob cujos valores não haverá retenção de PSS, pois não incide contribuição previdenciária sobre verbas recebidas a título de auxílio-alimentação;

**3.4.** As execuções/embargos já ajuizados e distribuídos por dependência a estes autos serão extintos, sem custas ou honorários advocatícios.

Intimem-se.

Curitiba, 12 de setembro de 2011.

**Vicente de Paula Ataíde Junior**  
**Juiz Federal Substituto**

## **ANEXO 2**

### **TERMO DE AUDIÊNCIA**

#### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA 2001.70.00.040170-0/PR**

**AUTOR : SIND DOS TRAB EDUC ENS 3GRAU PUB CID CTBA R MET  
LIT PR**

**ADVOGADO : MAURO CAVALCANTE DE LIMA  
: DANIELLE ROSA E SOUZA**

**RÉU : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA**

Aos 03 dias do mês de outubro de 2011, às 14:30 horas, nesta cidade de Curitiba, Estado do Paraná, na sala de audiências, presente o MM. Juiz Federal Substituto, Doutor VICENTE DE PAULA ATAÍDE JUNIOR, foi aberta com as formalidades legais a presente AUDIÊNCIA, nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, registrados sob nº 2001.70.00.040170-0 que o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO DO TERCEIRO GRAU PÚBLICO DE CURITIBA, REGIÃO METROPOLITANA E LITORAL - SINDITEST/PR move contra a UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Pelo MM. Juiz foi declarada aberta a audiência, apregoadas as partes e os seus respectivos advogados, verificou-se a presença do advogado do autor Dr. Mauro Cavalcante de Lima, OAB/PR n.º 13.096, dos procuradores federais da UFPR, Dr. Benedito Gomes Barboza e Dr. Edson Luiz Martins, do servidor público federal do NECAP/AGU - Núcleo de Cálculos e Perícias da AGU, Sr. Marcos Aurélio Hauffe, e da Sra. Ana Maria Guimarães da Cruz, Diretora do Departamento de Administração de Pessoal da UFPR. Após diálogo com as partes e seus procuradores a fim de traçar as diretrizes finais para a execução coletiva do título judicial contido nestes autos, as partes acordaram o seguinte:

**A UFPR se compromete a trazer, até o dia 29/02/2012, a relação dos servidores atingidos pela coisa julgada desta ação civil pública (excluídos os professores, que não participam da categoria dos técnicos substituída pelo Sindicato, ressalvados os professores que sejam técnicos, os quais poderão se beneficiar da sentença coletiva pela respectiva matrícula de técnico), contendo os respectivos valores finais devidos, observando as seguintes regras:**

**a) o cálculo considerará o valor descontado a título de Auxílio Alimentação nos períodos em que o servidor esteve em férias, licença-prêmio por assiduidade ou para tratamento de saúde, respeitando o interregno de 31/10/1996 a 01/02/2002;**

**b) o valor consolidado de cada beneficiário receberá correção monetária pelo INPC, desde a data em que devido o benefício, e, a partir da citação, juros de mora de 6%, conforme decidido pelo STJ, às fls. 462-464, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir da qual, "independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e**

compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, publicada no DOU de 30/6/2009). Fica consignado que, no âmbito do STJ, a aplicação imediata da Lei 11.960/2009 aos processos em curso foi definida pela Corte Especial, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.207.197, relatado pelo Min. Castro Meira (j. 18/5/2011, DJe 2/8/2011), compatibilizando-se com a jurisprudência do STF no mesmo sentido;

c) Compensação, com explicitação do valor, de eventuais parcelas já pagas em decorrência do Ofício Circular 03/SRH/MP, expedido em 01/02/2002;

d) Com a apresentação da memória atualizada do cálculo, o Sindicato, no prazo de 90 (noventa) dias, se compromete a conferir e, eventualmente, apontar correções aos valores encontrados, consideradas as regras fixadas;

e) Havendo a anuência do Sindicato, expeçam-se as respectivas Requisições de Pequeno Valor (RPV's), sob cujos valores não haverá retenção de PSS, pois não incide contribuição previdenciária sobre verbas recebidas a título de auxílio-alimentação; sobre o valor da RPV será destacado o percentual de 11% (onze por cento) a título de honorários advocatícios contratuais em prol de Mauro Cavalcante, Paulo Vieira & Wagner Advogados Associados; não haverá incidência de honorários sucumbenciais nesta execução.

f) As execuções e os respectivos embargos já ajuizados e distribuídos por dependência a estes autos serão extintos, sem custas ou honorários advocatícios.

g) as partes expressamente renunciam ao prazo recursal em relação a este acordo e à respectiva sentença homologatória, possibilitando o imediato trânsito em julgado.

Pelo MM. Juiz foi dito: "**Vistos, etc. HOMOLOGO o acordo celebrado entre as partes, o qual passa a reger o cumprimento da sentença coletiva. Aguarde-se o cumprimento do avençado. Após o integral cumprimento, voltem conclusos para extinção da execução. As partes e seus procuradores saem intimados. Abra-se vista ao Ministério Público Federal.**"

Nada mais havendo, foi encerrado o presente termo, que vai assinado pelos presentes. Eu, \_\_\_\_\_ (Maria Helena da Silva Pereira), o digitei e subcrevi.

Curitiba, 03 de outubro de 2011.

**VICENTE DE PAULA ATAIDE JUNIOR**  
**Juiz Federal Substituto**

PRESENTES:  
ADVOGADO DO AUTOR:

PROCURADORES FEDERAIS DA UFPR:

NECAP/AGU:  
DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DA UFPR:

### ANEXO 3

## SOMENTE EXECUÇÕES DE SENTENÇA DO COMPULSÓRIO DO COMBUSTÍVEL DISTRIBUÍDAS

Subseções Judiciárias	De 1998 até 31/12/2001	Ano de 2002	Total de ações distribuídas	Processos p/ verificação de prevenção
Curitiba	28.158	36.402	64.560	443
Londrina	3.891	11.176	15.067	11
Maringá	3.323	6.964	10.287	-
Umuarama	1.214	4.640	5.854	-
Foz do Iguaçu	1.148	2.631	3.779	-
Cascavel	1646	4.288	5.934	2
Guarapuava	733	2.513	3.246	-
Francisco Beltrão	994	2.091	3.085	-
Campo Mourão	860	2.544	3.404	-
Ponta Grossa	2.225	3.667	5.892	-
Paranaguá	180	370	550	-
Paranavaí	1.279	2.207	3.486	-
<b>TOTAIS</b>	45.651	79.493	125.144	458

Curitiba, 28 de fevereiro de 2003.

*(original assinado)*

**Elaine Aparecida da Silva Rossi**  
Diretora do Núcleo de Apoio Judiciário

## MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL NA JUSTIÇA FEDERAL NO ANO 2002

<b>Subseções</b>	<b>Distribuídos</b>	<b>Processos no TRF</b>	<b>Em tramitação</b>
Curitiba	78.141	18.001	147.870
Londrina	30.139	5.532	59.019
Maringá	15.871	2.314	29.942
Umuarama	8.280	1.655	22.879
Foz do Iguaçu	8.066	2.065	15.232
Cascavel	10.407	2.534	14.441
Guarapuava	4.723	1.149	9.042
Francisco Beltrão	5.802	1.170	9.321
Campo Mourão	4.855	391	7.846
Ponta Grossa	10.959	1.547	11.134
Paranaguá	1.895	501	3.130
Paranavaí	4.308	264	6.215
<b>TOTAIS</b>	<b>183.446</b>	<b>37.123</b>	<b>336.071</b>

Curitiba, 07 de janeiro de 2003.

(original assinado)  
**Nicolau Konkel Júnior**  
Juiz Federal Diretor do Foro, em exercício

(original assinado)  
**Elaine Aparecida da Silva Rossi**  
Diretora do Núcleo de Apoio Judiciário

“Em relação aos processos da poupança seguem as informações abaixo. Por fim, em relação ao SIAPRO uma estimativa porque depende do assunto que foi escolhido na época:

**SIAPRO: 25939 processos**

**V2: 4949 processos"**

**Elaine Aparecida da Silva Rossi**  
Diretora do Núcleo de Apoio Judiciário

(dezembro/2012)

## **ANEXO 4**

### **REGIME PROCESSUAL CIVIL DE NATUREZA EXPERIMENTAL DECRETO-LEI 108/2006 DE 8 DE JUNHO**

A realidade económico-social actual é consideravelmente diferente da que viu nascer o Código de Processo Civil. O sistema judicial, condicionado pelo recurso massivo aos tribunais por parte de um número reduzido de utilizadores e por uma tramitação processual desajustada a essa procura, clama há muito por soluções que promovam, de facto, o direito fundamental de acesso ao direito e a garantia de uma justiça em tempo razoável estabelecida na Constituição em favor das pessoas singulares e colectivas.

O presente decreto-lei cria um regime processual civil mais simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal.

Opta-se, num primeiro momento, por circunscrever a aplicação deste regime a um conjunto de tribunais a determinar pela elevada movimentação processual que apresentem, atentos os objectos de acção predominantes e as actividades económicas dos litigantes. A natureza experimental da reformulação da tramitação processual civil que aqui se prevê permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação.

Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das regras.

Duas regras gerais, com origens diferentes, mas que apontam para esta agilização, existem já no Código de Processo Civil - o princípio da limitação dos actos e o princípio da adequação formal, previstos, respectivamente, nos artigos 137.º e 265.º-A. Do dever de gestão processual agora estabelecido decorrem, para o juiz, os imperativos de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos ao fim que visam atingir e de garantir que não são praticados actos inúteis, tendo ainda de fazer uso dos mecanismos de agilização processual que a lei estabelece.

Manifestação deste dever é a faculdade concedida ao juiz de, uma vez concluso o processo para saneamento, conhecer das excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar oficiosamente, julgar de imediato a causa se o estado do processo o permitir, convocar a audiência preliminar para selecção da matéria de facto ou exercício do contraditório ou designar o dia para a audiência de julgamento. O conjunto de actos previstos neste artigo não é, sequer, taxativo, podendo o magistrado praticar no processo qualquer acto ou dili-

gência que lhe pareça mais adequado. Deve, pois, dirigir activa e dinamicamente o processo, tendo em vista a sua rápida e justa resolução e a melhor forma de organizar o seu trabalho.

O presente decreto-lei visa, por outro lado, concretizar o imperativo - gizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, de 30 de Maio, que aprovou o Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais - de assegurar um tratamento específico, no âmbito dos meios jurisdicionais, aos litigantes de massa, permitindo, designadamente, a prática de decisões judiciais que abranjam vários processos. Para o efeito, o novo regime processual acolhe uma figura nova, a agregação, que, norteadas pelo citado dever de adequação da tramitação às especificidades da causa, pretende constituir uma alternativa à apensação sempre que, verificados os pressupostos desta, seja desaconselhável uma tramitação das causas totalmente conjunta. Tal como a apensação, a agregação pode ser requerida pelas partes ou, quando se trate de processos que pendam perante o mesmo juiz, oficiosamente determinada.

Através da agregação, permite-se que o juiz, em qualquer momento, pratique um acto ou realize uma diligência extensível a vários processos, sem que estes tenham de, no futuro, ser tratados conjuntamente. Trata-se, pois, de uma associação dos processos meramente transitória e apenas para a prática do acto em causa, sejam eles actos da secretaria, a audiência preliminar, a audiência final, despachos interlocutórios ou sentenças. O acto a praticar conjuntamente pode circunscrever-se à realização de uma determinada diligência de instrução - como a inquirição de testemunhas arroladas em vários processos ou a prestação de esclarecimentos pelos mesmos peritos - ou à discussão, em audiência preliminar ou final, de uma única questão de facto ou direito comum a várias causas. Findo ou praticado o acto, os processos prosseguem individualmente a sua marcha. O juiz passa, portanto, a poder praticar «actos em massa», bastando que exista um elemento de conexão entre as acções e que da realização conjunta de um acto processual ou diligência resulte a simplificação do serviço do tribunal.

Em sentido inverso, mas com objectivo idêntico, quando tenha sido admitida a coligação inicial ou sucessiva, ou verificada situação prevista no n.º 4 do artigo 274.º do Código de Processo Civil, concede-se ao tribunal a possibilidade de determinar que a instrução, a discussão ou o julgamento se realizem separadamente se a tramitação conjunta se afigurar inconveniente ou a prática separada de certos actos proporcionar um andamento da causa mais célere ou menos oneroso para as partes ou para o tribunal. Pretende-se, desta forma, permitir ao tribunal dar a tais situações uma resposta menos rígida do que as actualmente previstas no n.º 4 do artigo 31.º e no n.º 5 do artigo 274.º do citado Código.

Na fase liminar, estão previstos apenas dois articulados, salvo quando seja deduzido pedido reconvenicional, sem prejuízo do respeito pelo princípio do contraditório, quando sejam deduzidas excepções, que, consoante a análise que o juiz faça do processo, poderá ser observado na audiência preliminar ou na audiência final.

Com ganhos evidentes para a celeridade do processo, impõe-se a apresentação do requerimento probatório com os articulados, garantindo à parte a quem for oposto o último articulado admissível um prazo suplementar de 10 dias para alterar o seu requerimento probatório, sem prejuízo da faculdade, que permanece intocada, de adicionar ou alterar o rol de testemunhas até 20 dias antes do início da audiência final.

Esta fase liminar pode, no entanto, ser dispensada quando as partes apresentem a acção apenas para saneamento. Neste caso, além da petição conjunta,

onde indicam, desde logo, os factos admitidos por acordo e os factos controvertidos, as partes requerem as respectivas provas e tomam posição sobre as questões de direito relevantes, ficando dispensadas do pagamento da taxa de justiça subsequente. Se, no processo apresentado para saneamento, não houver lugar à produção de prova testemunhal ou, havendo, for apresentada a acta de inquirição por acordo das testemunhas, nos termos previstos no artigo 638.º-A do Código de Processo Civil, ser-lhe-á aplicado o regime previsto no mesmo Código para os processos urgentes, além de ser reduzida a metade a taxa de justiça devida a final.

A inquirição das testemunhas por acordo é igualmente incentivada, ainda que não tenha havido apresentação conjunta da petição e contestação, através da redução a metade da taxa de justiça devida a final sempre que as partes apresentem a acta de inquirição de todas as testemunhas arroladas.

Admite-se também, com total amplitude, a prova testemunhal por depoimento escrito, sem prejuízo de o tribunal poder ordenar, oficiosamente ou a requerimento da parte contrária, a renovação do depoimento.

Impõe-se, por outro lado, que a marcação das diligências seja sempre efectuada mediante acordo prévio com os mandatários judiciais, o que permite vedar, correspectivamente e salvo justo impedimento, o adiamento da audiência de julgamento por falta das partes ou dos seus mandatários.

Importa salientar a norma que determina que a sentença se limite à parte decisória, precedida da identificação das partes e da fundamentação sumária do julgado, podendo a discriminação dos factos provados ser feita por remissão para os articulados, assim como o preceito que permite a adesão, por mera remissão, a um acórdão de uniformização de jurisprudência. Com o mesmo objectivo de simplificação do momento de prolação da sentença, esta deve ser de imediato ditada para a acta, salvos os casos de manifesta complexidade.

No âmbito dos procedimentos cautelares, e tendo em vista, nomeadamente, as situações em que a natureza das questões ou a gravidade dos interesses envolvidos não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar ou, diversamente, prescinde, por absolutamente inútil, da instauração de uma acção principal, permite-se que o tribunal, ouvidas as partes, antecipe o juízo sobre a causa principal, desde que considere que foram trazidos ao processo todos os elementos necessários para uma decisão definitiva.

De igual relevo é a consagração da tramitação electrónica em termos a definir por portaria do Ministro da Justiça, quer para os actos das partes quer para os actos dos magistrados e da secretaria, assim se permitindo a desmaterialização do processo judicial. Por outro lado, a citação edital passa a ser feita através de anúncio em página informática de acesso público e, em certos casos, afixação de um único edital.

Na perspectiva de que os actos legislativos devem ser acompanhados de todos os aspectos infra-estruturais necessários à efectiva produção dos efeitos pretendidos, o presente regime introduz ainda duas importantes inovações. Em primeiro lugar, uma vez que alterações da lei de impacto relevante devem ser rigorosamente avaliadas e testadas, prevê-se a sua avaliação permanente e a respectiva revisão no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor.

Em segundo lugar, assume-se que este tipo de alterações legislativas apenas será bem sucedido quando acompanhado pela necessária divulgação e formação junto dos operadores, de modo que as potencialidades do novo regime sejam integralmente concretizadas. A entrada em vigor deste regime será, pois, precedida



pela formação intensiva dos seus destinatários, garantindo-se o conhecimento e a utilização efectiva dos mecanismos aqui previstos.

Foram ouvidos o Conselho Superior da Magistratura e a Ordem dos Advogados. Foram promovidas as audições do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Conselho Superior do Ministério Público, da Câmara dos Solicitadores e do Conselho dos Oficiais de Justiça.

Foram ouvidos a título facultativo a Procuradoria-Geral da República, a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, a Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz e o Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia de Coimbra.

O anteprojecto de decreto-lei foi submetido a consulta pública.

Assim:

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

## CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

### Artigo 1.º

#### Objecto

O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

### Artigo 2.º

#### Dever de gestão processual

O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente:

- a) Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; (Redacção dada pela Declaração de Rectificação n.º 48/2006, de 7 de Agosto)
- b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório;
- c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

## CAPÍTULO II ACTOS EM GERAL

### Artigo 3.º

#### Actos processuais

Os actos processuais, incluindo os actos das partes que devam ser praticados por escrito, são praticados electronicamente nos termos a definir por portaria do Ministro da Justiça.

### Artigo 4.º

#### Distribuição

1 - A distribuição é feita diariamente.

2 - É criada a 11.ª espécie na distribuição, designada por referência ao número do presente decreto-lei.

3 - O disposto no n.º 1 aplica-se a todos os papéis sujeitos a distribuição.

## Artigo 5.º

### Citação edital

- 1 - A citação edital é feita pela publicação de anúncio em página informática de acesso público, em termos a regulamentar por portaria do Ministro da Justiça.
- 2 - Quando o autor indique o réu como ausente em parte incerta, é também afixado edital na porta da casa da última residência que o citando teve no País.
- 3 - No caso de citação edital por incerteza das pessoas e quando estas sejam citadas como herdeiras ou representantes de pessoa falecida, é também afixado edital na porta da casa da última residência do falecido, se for conhecida, e no País.
- 4 - O disposto no presente artigo aplica-se a todas as acções em que há lugar à citação edital.

## Artigo 6.º

### Agregação de acções

- 1 - Quando forem propostas separadamente no mesmo tribunal acções que, por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, pode ser determinada, a requerimento de qualquer das partes e em alternativa à apensação, a sua associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos da secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças.
- 2 - A decisão de agregação e os actos que esta tem por objecto são praticados na acção que tiver sido instaurada em primeiro lugar ou, no caso de relação de dependência ou subsidiariedade entre os pedidos, na acção que tiver por objecto a apreciação do pedido principal.
- 3 - Nos processos que pendam perante o mesmo juiz, a agregação pode ser determinada oficiosamente, sem audição das partes.
- 4 - Nos processos que pendam perante juízes diferentes, a agregação ou a apensação deve ser requerida ao presidente do tribunal, de cuja decisão não cabe reclamação, não sendo aplicável o n.º 2 do artigo 210.º do Código de Processo Civil.
- 5 - A decisão de agregação deve indicar quais os actos a praticar conjuntamente e respectivo conteúdo e é notificada às partes, consoante os casos, com a convocação para a diligência conjunta ou com o despacho ou a sentença praticados conjuntamente.
- 6 - A decisão prevista no número anterior só pode ser impugnada no recurso que venha a ser interposto da decisão final.
- 7 - A secretaria informa mensalmente o presidente do tribunal e os magistrados dos processos que se encontrem em condições de ser agregados ou apensados.

## Artigo 7.º

### Prática de actos em separado

- 1 - Ocorrendo coligação inicial ou sucessiva ou a situação prevista no n.º 4 do artigo 274.º do Código de Processo Civil, pode o tribunal determinar, não obstante a verificação dos respectivos requisitos e ouvidas as partes, que a prática de certos actos se realize em separado, designadamente quando:
  - a) Haja inconveniente em que as causas ou pedidos sejam instruídos, discutidos e julgados conjuntamente;
  - b) A prática de actos em separado contribua para um andamento da causa mais célere ou menos oneroso para as partes ou para o tribunal.

2 - À decisão que ordena a prática de actos em separado aplica-se, com as necessárias adaptações, os n.os 5 e 6 do artigo anterior.

### CAPÍTULO III PROCESSO

#### Artigo 8.º

##### Articulados

- 1 - Na petição inicial, o autor expõe a sua pretensão e os respectivos fundamentos.
- 2 - O réu é citado para contestar no prazo de 30 dias.
- 3 - Só há lugar a resposta quando o réu deduza reconvenção ou a acção seja de simples apreciação negativa, dispondo o autor do prazo previsto no número anterior.
- 4 - A petição, a contestação e a resposta não carecem de forma articulada nas causas em que o patrocínio judiciário não é obrigatório.
- 5 - Com os articulados, devem as partes requerer a gravação da audiência final ou a intervenção do colectivo, apresentar o rol de testemunhas e requerer outras provas, indicando de forma discriminada os factos sobre os quais recaem a inquirição de cada uma das testemunhas e a restante produção de prova, podendo a parte a quem é oposto o último articulado admissível alterar, nos 10 dias subsequentes à respectiva notificação, o requerimento probatório anteriormente apresentado.

#### Artigo 9.º

##### Apresentação conjunta da acção pelas partes

- 1 - As partes podem apresentar a acção para saneamento, devendo, para o efeito, juntar petição conjunta.
- 2 - Na petição conjunta prevista no número anterior, devem as partes:
  - a) Identificar os factos admitidos por acordo e os factos controvertidos;
  - b) Tomar posição sobre as questões de direito relevantes;
  - c) Formular as respectivas pretensões;
  - d) Requerer as respectivas provas, indicando de forma discriminada os factos sobre os quais recaem a inquirição de cada uma das testemunhas e a restante produção de prova; e
  - e) Requerer a gravação da audiência final ou a intervenção do colectivo.
- 3 - O réu que, notificado pelo autor antes de instaurada a acção com vista à apresentação de petição conjunta, recuse essa apresentação ou não responda no prazo de 15 dias renuncia ao direito à compensação, pela parte vencida, das custas de parte e, se o autor for a parte vencedora, a procuradoria é fixada no máximo legal.
- 4 - A notificação prevista no número anterior é remetida pelo correio, sob registro, e obedece a modelo aprovado por portaria do Ministro da Justiça, nela se especificando o pedido do autor, as disposições legais pertinentes, os benefícios da apresentação conjunta, o prazo para resposta e as cominações em que incorre o réu em caso de recusa.
- 5 - O processo apresentado nos termos do presente artigo tem carácter urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente, sempre que as partes não tenham requerido a produção de prova testemunhal ou a partir do momento em que apresentem a acta de inquirição por acordo de todas as testemunhas arroladas.

#### Artigo 10.º

##### Termos posteriores aos articulados

1 - Recebidos os autos, o juiz profere despacho saneador onde conhece imediatamente:

a) De todas as excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar oficiosamente;

b) Do mérito da causa, se o estado do processo o permitir.

2 - Quando não possa julgar de imediato a causa, o juiz ordena a prática das diligências ou dos actos necessários e adequados ao fim do processo em curso, designadamente:

a) Convoca audiência preliminar, para selecção da matéria de facto ou exercício do contraditório;

b) Designa dia para a audiência final.

3 - A marcação do dia e a hora das diligências é sempre efectuada mediante acordo prévio com os mandatários judiciais, só podendo estes opor-se à data proposta em virtude de outro serviço judicial já marcado, que devem indicar expressamente.

4 - Os contactos prévios necessários podem ser efectuados por qualquer meio, mas, obtido o acordo, a data da diligência é notificada a todos os que nela devam intervir.

#### Artigo 11.º

##### Instrução

1 - Os autores não podem oferecer mais de 10 testemunhas, para prova dos fundamentos da acção, aplicando-se igual limitação aos réus que apresentem a mesma contestação.

2 - No caso de reconvenção, para prova desta e da respectiva defesa, cada uma das partes pode oferecer testemunhas nos termos previstos no número anterior.

3 - Sobre cada facto que se propõe provar, a parte não pode produzir mais de três testemunhas, excluindo as que tenham declarado nada saber.

4 - O juiz recusa a inquirição quando considere assentes ou irrelevantes para a decisão da causa os factos sobre os quais recai o depoimento.

5 - As testemunhas são apresentadas pelas partes, salvo se a parte que as indicou requerer, com a apresentação do rol, a sua notificação para comparência ou inquirição por teleconferência.

#### Artigo 12.º

##### Depoimento apresentado por escrito

1 - O depoimento pode ser prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, com indicação da acção a que respeita e do qual conste a relação discriminada dos factos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas.

2 - No documento a que se refere o número anterior, que deve mencionar todos os elementos de identificação do depoente, este indica se existe alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes ou qualquer interesse na acção e declara expressamente que o escrito se destina a ser apresentado em juízo e que está consciente de que a falsidade das declarações dele constantes o fazem incorrer em responsabilidade criminal.

3 - Quando entenda necessária, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, determinar a renovação do depoimento na sua presença.

#### Artigo 13.º

##### Inquirição por acordo das partes

Se as partes apresentarem a acta de inquirição por acordo de todas as testemunhas arroladas, o processo passa a ter carácter urgente.

#### Artigo 14.º

##### Audiência final

- 1 - Salvo justo impedimento, a falta de qualquer das partes ou dos seus mandatários não constitui motivo de adiamento da audiência.
- 2 - Quando as partes não tenham constituído mandatário judicial ou este não compareça, a inquirição das testemunhas é efectuada pelo juiz.
- 3 - Finda a produção de prova, a discussão da matéria de facto e do aspecto jurídico da causa é oral e realiza-se em simultâneo.

#### Artigo 15.º

##### Sentença e forma da fundamentação

- 1 - A matéria de facto é decidida na sentença, podendo a discriminação dos factos provados e não provados ser feita por remissão para as peças processuais onde estejam contidos.
- 2 - A sentença deve limitar-se à parte decisória, precedida da identificação das partes e da fundamentação sumária do julgado.
- 3 - Salvo em casos de manifesta complexidade, a sentença é de imediato ditada para a acta.
- 4 - Se o réu não contestar, a fundamentação pode consistir na simples adesão aos fundamentos apresentados pelo autor, quando destes resultem as razões de facto e de direito em que se funda a decisão.
- 5 - Se o juiz aderir a um acórdão de uniformização de jurisprudência, deve limitar-se a remeter para os seus fundamentos, indicando o local da sua publicação em jornal oficial.

### CAPÍTULO IV

#### PROCEDIMENTOS CAUTELARES E PROCESSOS ESPECIAIS

#### Artigo 16.º

##### Decisão da causa principal

Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal.

#### Artigo 17.º

##### Remissão

O regime previsto nos artigos 3.º e 6.º aplica-se, com as devidas adaptações, aos procedimentos cautelares e às acções declarativas a que corresponda processo especial.

### CAPÍTULO V

#### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

#### Artigo 18.º

##### Redução especial da taxa de justiça

1 - A taxa de justiça é reduzida a metade, não sendo devida taxa de justiça subsequente, quando as partes apresentem a acção nos termos do n.º 1 do artigo 9.º ou usem da faculdade prevista no artigo 13.º

2 - Havendo remanescente, é sempre dispensado o seu pagamento quando as partes apresentem a acta de inquirição por acordo de todas as testemunhas, nos termos do n.º 5 do artigo 9.º ou do artigo 13.º

#### Artigo 19.º

##### Formação

A aplicação do presente decreto-lei é precedida da realização de acções de formação sobre os mecanismos de agilização e gestão processuais nele previstos.

#### Artigo 20.º

##### Avaliação e revisão

1 - Durante o período de vigência do presente decreto-lei é garantida a respectiva avaliação legislativa através dos serviços do Ministério da Justiça competentes para o efeito.

2 - O presente decreto-lei é revisto no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor.

#### Artigo 21.º

##### Aplicação no espaço

1 - O presente decreto-lei aplica-se nos tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça.

2 - Os tribunais a que se refere o número anterior devem ser escolhidos de entre os que apresentem elevada movimentação processual, atendendo aos objectos de acção predominantes e actividades económicas dos litigantes.

#### Artigo 22.º

##### Aplicação no tempo

O presente decreto-lei aplica-se às acções e aos procedimentos cautelares propostos a partir de 16 de Outubro de 2006 e às acções resultantes da apresentação à distribuição de autos de injunção a partir da mesma data.

**Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 6 de Abril de 2006. - José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa - Alberto Bernardes Costa.**

**Promulgado em 22 de Maio de 2006.**

**Publique-se.**

**O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.**

**Referendado em 24 de Maio de 2006.**

**O Primeiro-Ministro, José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa**

## **ANEXO 5**

RECURSO ESPECIAL 1.110.549 - RS (2009/0007009-2)

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE: EDVIGES MISLERI FERNANDES

ADVOGADO: MARIA DE FÁTIMA TONET

RECORRIDO: BANCO SANTANDER S/A

ADVOGADO: ALDE DA COSTA SANTOS JUNIOR E OUTRO(S)

### **RELATÓRIO**

**RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:**

1.- EDVIGES MISLERI FERNANDES interpõe Recurso Especial contra Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador SÉRGIO LUIZ GRASSI BECK), proferido em sede de Agravo Interno no Agravo de Instrumento, confirmando decisão de 1º Grau, proferida em ação movida por depositante de caderneta de poupança visando ao recebimento de correção monetária que seria devida em virtude de Planos Econômicos, suspendendo o processo individual dada a existência de ação coletiva antes instaurada. O Acórdão recorrido está assim ementado (fls. 57):

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS, NÃO ALTERADA PELAS RAZÕES RECURSAIS. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

2.- Em suas razões, alega a recorrente violação dos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, sustentando, em síntese o descabimento da suspensão da demanda individual em virtude do ajuizamento da ação coletiva pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Argumenta que não tem interesse individual que sua ação fique suspensa e baixada até o trânsito em julgado da ação coletiva, eis que além de aumentar o tempo de conclusão da sua ação individual, os seus pedidos sucessivos ao principal são diversos aos formulados na ação coletiva referida na decisão recorrida, causando visível prejuízo à mesma (fls. 78).

3.- O Recurso foi admitido na origem (fls. 105/108) e selecionado, conforme o disposto no art. 543-C, § 1º, do CPC, como representativo da controvérsia (fls. 111/112).

4.- Instado, o Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 153/155), por não ter a recorrente informado o permissivo constitucional que embasa o seu inconformismo. É o relatório.

### **VOTO**

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

5.- Inicialmente, cumpre consignar que a ação coletiva que ensejou a suspensão (decisão – fls. 12) da ação individual em tela foi proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra o BANCO SANTANDER BANESPA S.A (processo n. 001/1.07.0104379-6) e não pela Defensoria Pública Estadual, como afirma a recorrente. De qualquer forma, o pormenor não é relevante, no tipo de questão, pois o que importa é o tema central posto pelo presente recurso, ou seja, a suspensão, nos termos da legislação atual, do andamento de milhares de processos, para o aguardo de prévio julgamento da mesma tese jurídica de fundo neles contida, bastando a certeza, no caso, da legitimidade para propositura de Ação Civil Pública, o que é inquestionável no caso, por se tratar do Ministério Público (Lei da Ação Civil Pública, CPC, art. 5º, I).

6.- Pertinente ao fundamento para o não conhecimento do Recurso Especial, apontado pelo Ministério Público Federal, qual seja, a ausência de indicação do permissivo constitucional viabilizador da instância especial, cumpre ressaltar diversos julgados nesta Corte no sentido de que, não obstante a ausência de indicação da alínea do inciso III do art. 105 da Constituição Federal em que se funda o recurso, este é viável desde que a petição recursal indique de forma clara os dispositivos infraconstitucionais entendidos como violados, como ocorreu no presente caso. Nesse sentido os seguintes precedentes: AgRg no REsp 948.326/MG, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 19/12/2008; EDcl no REsp 974304/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe 05/08/2008; AgRg no REsp 845134/SP, Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 23.10.2006; REsp 96070/RS, Min. JOSE DE JESUS FILHO, DJ 17.03.1997. Ademais, trata-se de recurso representativo da controvérsia em que os rigores formais de admissibilidade devem ser mitigados, diante relevância da tese principal, a fim de que se cumpra o que a Lei atualmente determina, ou seja, que o Tribunal julgue de vez, com celeridade e consistência, a macro-lide multitudinária, que se espraia em milhares de processos, cujo andamento individual, repetindo o julgamento da mesma questão milhares de vezes, leva ao verdadeiro estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, em prejuízo da totalidade dos jurisdicionados, entre os quais os próprios litigantes do caso.

7.- Quanto ao tema de fundo, deve-se manter a suspensão dos processos individuais, determinada pelo Tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, mormente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), sem contradição com a orientação que antes se firmara nos termos da legislação anterior, ou seja, ante a só consideração dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública. O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles identicamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária. Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz. Enorme avanço da defesa do consumidor realizou-se na dignificação constitucional da defesa do consumidor (CF/1988, arts. 5º, XXXII, e 170, V). Seguiu-se a construção de sed e legal às ações coletivas (CDC, art. 81, e seu par. ún., I, II e III). Veio, após, a instrumentalização processual por intermédio da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 1º, II), que realmente abriu o cam-



po de atuação para o Ministério Público e de tantas relevantíssimas entidades de defesa do consumidor, de Direito Público ou Privado. Mas o mais firme e decidido passo recente no sentido de “enxugamento” da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contida veio na recente Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” – o que é, sem dúvida, o caso presente.

8.- No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido. Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide. A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

9.- Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo caput dispõe que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. O direito ao ajuizamento individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão. A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (poderá, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 16.3.98 e REsp 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 13.8.01), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp 1.037.314, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 20.6.2008). Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida

no processo de ação coletiva. A interpretação não se antagoniza, antes se harmoniza à luz da Lei dos Processos Repetitivos, com os precedentes desta Corte antes assinalados. Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides. A suspensão dos processos individuais, portanto, repousa em entendimento que não nega vigência, aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais.

10.- Na identificação da macro-lide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo. No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema. Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva. Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia a dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa. E sempre sobrar a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, atendidos seus pressupostos, na dinâmica moderna dos processos coletivizados, como dá mostra a previsão recente na Lei dos Processos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008).

12.- Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial. Ministro SIDNEI BENETI Relator

**(observação: no original não há tópico 11, passando-se do 10 diretamente ao 12)**

## **ANEXO 6**

RECURSO ESPECIAL 1.110.549 - RS (2009/0007009-2)

### **VOTO-VENCIDO**

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP):

Trata-se de Recurso Especial interposto contra decisão do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admitido na origem, onde a Requerente se opõe à suspensão de seu processo individual ante a existência de ação coletiva buscando implementar a concessão de correção monetária dos Planos Econômicos Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II. A matéria é de altíssima relevância quanto ao conflito do direito individual em face ao direito coletivo, perpassando por outros princípios processuais, inclusive e relativamente ao assoberbamento de multiplicidades processuais, merecedores de algumas considerações. Em se tratando de Direito Processual, inadmissível que se busque em “notícias de televisão, jornal e revista” fundamentos para apresentar projeto inovador e salvador da modernidade sem analisar, como deve ser, suas consequências endógenas e exógenas e os reflexos nos Princípios Constitucionais. O mestre Cândido Rangel Dinamarco, após dizer que se tornou modismo discorrer sobre a nova ordem processual, indaga: “Qual diagnóstico somos capazes de fazer ou propor seriamente, mediante a definição segura do modelo de hoje ou de amanhã em confronto com o de ontem, que, segundo um dístico que se tornou lugar-comum, e encontra-se expirando em inevitável agonia?”. E, louvando em Carlos Alberto Nogueira, responde: “É muito pouco dizer que os desajustes do processo civil de hoje, em relação às realidades externas vêm de sua capacidade de acompanhar no mesmo ritmo os movimentos transformadores da sociedade, da economia e das instituições políticas - ou de acompanhar, como foi dito, “essa mudança ligada à produção e consumo de massa, ao dirigismo econômico, às corporações internacionais, às transformações demográficas, ao urbanismo, ao planejamento autocrático” O que se busca neste julgamento é o exame da formal insurgência da titular de um direito individual em face ao consumo de massa, ao dirigismo econômico de uma ação coletiva. Surgem, assim, indagações que necessitam de uma pacificação processual, quando se questiona: a) Teria a titular do direito individual de submeter-se aos interesses de uma ação coletiva? b) Seria a transmigração do individual ao coletivo de natureza impositiva? Penso que não. Antes mesmo de se analisar que ação coletiva traria as consequências benéficas ao Tribunal de Justiça de origem, livrando-o de centenas e centenas de ações idênticas e este Tribunal Superior de iguais números de recursos que seriam incorporados a outras dezenas e dezenas de milhares de processo, não creio que se devam violar princípios fundamentais da cidadania, preconizado no inciso II do art. 1º da Constituição Federal. O DIREITO À CIDADANIA deve ser exercido nos limites da lei, certo de que “NIN-

GUÉM É OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI" (ART. 5º, INCISO II da Constituição Federal). A admissibilidade por parte da titular do direito de ação à substituição processual, disciplinada na Ação Coletiva, tem natureza facultativa. E, sendo de natureza facultativa, não pode a ação individual sofrer suspensão impositiva, se assim não o desejar o titular do direito material. Tem ela o direito de ver prosseguir a sua ação individual e os Tribunais não podem negar-lhe a jurisdição buscada porquanto "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXV, CF). No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a questão já foi por várias vezes discutida, tendo prevalecido a possibilidade da convivência entre as ações individuais e as ações coletivas, assevera o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI no julgamento do CC nº 48.106-DF, in verbis: "[...] 6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais – invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) –, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas [...]". Alicerçada em abalizada doutrina, assim também entendeu a Ministra NANCY ANDRIGHI quando do julgamento do REsp. 157.669/SP, monocraticamente: "[...] A irresignação do recorrente não merece prosperar. Eis que, a firme orientação deste Eg. Tribunal estabelece que a existência de ação civil pública com objeto idêntico a de feitos individuais em que se busque o reajuste dos saldos das contas vinculadas do FGTS, mediante aplicação dos expurgos inflacionários, não induz litispendência. Por outro lado, é inarredável a conclusão de que os efeitos do ajuizamento prévio da ação civil pública não podem obstar o direito subjetivo de ação da parte assegurado constitucionalmente". Acresça-se, neste sentido, que nem a Lei 7347/85 nem o Código de Defesa do Consumidor excluem a possibilidade dos interessados proporem ações individuais em virtude do ajuizamento da ação civil, ainda quando esta preceda àquela. Ao contrário, este último diploma legal ressalva no art. 104 a possibilidade do autor prosseguir em sua ação individual, ficando excluído da extensão subjetiva do julgado prevista para a sentença que vier a ser proferida na ação coletiva. Neste sentido, ensina Ada Pellegrini Grinover, in "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª Ed. Revista e Ampliada, pág. 733" que, "mesmo sendo ela favorável e projetando-se seus efeitos erga omnes ou ultra partes (nos termos dos incis. I a III do art. 103 c/c seus §§ 1º e 2º), o autor que já pôs em juízo sua ação individual e que pretenda vê-la prosseguir em seu curso, não será beneficiado pela coisa julgada que poderá eventualmente formar-se na ação coletiva." Igualmente, ensina Hugo de Nigro Mazzilli, in "A defesa dos interesses difusos em juízo, Ed. Saraiva, pág. 161" que nas ações coletivas que versem sobre interesses individuais homogêneos, em que se cogite de litispendência com as ações individuais dos lesados que visem à reparação do prejuízo divisível, naquilo que tenha de idêntico com o

dos demais lesados, “se o autor da ação individual preferir não requerer sua suspensão, sua ação prosseguirá e não será afetada pelo julgamento da ação coletiva, mas se preferir a suspensão da ação individual, poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva.” (STJ - RESP 157669 – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI - 03/04/2000). Também: “PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO COLETIVA -LEIS Nº 8.622/93 e 8.627/93. I - Segundo pacífico entendimento desta Corte, a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não obsta a propositura da ação individual. II - Omissis. Agravo regimental desprovido.”(AgRg no REsp 240128/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJ 02/05/2000). E, mais recentemente: “O ajuizamento de ação coletiva não induz, de imediato, o sobrestamento da individual, necessitando, para tanto, o requerimento do interessado, o qual pode optar em prosseguir singularmente em juízo. 3. Sem que haja pedido de suspensão, não pode o Poder Judiciário impor tal medida. 3. Recurso provido”. (STJ - REsp 1037314 / RS – Rel. Ministro MASSAMI UYEDA - DJe 20/06/2008). Nesse mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: Ag nº 1128534/RS, Rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO; Ag nº 1130481/RS, Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; REsp nº 1.091.402/RS, Rel. MIN. FERNANDO GONÇALVES. De outra parte, não há como se considerar o acúmulo de ações a serem julgadas, o assoberbamento dos tribunais, como princípio maior do que os direitos constitucionais assegurados ao cidadão e que a eles afrontam. O volume descomunal de processos não pode ser visto como ineficiência do Poder Judiciário, embora a mídia, descompromissada com a realidade, busque sempre maximizar os efeitos, embora nunca buscando, jornalisticamente ater-se às verdadeiras causas. A alegada morosidade é efeito, não causa. O Mestre CARNELUTTI, segundo ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, informa que as causas da ineficiência da justiça pululam em três focos mais ou menos definidos, que são: a lei processual, as estruturas judiciárias e, acima de tudo isso, o homem que opera o processo. A lei processual depende de um Congresso que legisle, não casuisticamente, mas com a responsabilidade dos legisladores de outrora cujos princípios legais atravessavam década, porque jurídica e não ideologicamente debatidos. A estrutura judiciária está afeta a recursos do Poder Executivo, que nem sempre atendem às necessidades dos tribunais. O homem que opera o processo, em sua maioria absoluta, são miraculosos, pois com sacrifícios pessoais e familiares exercem a jurisdição satisfazendo a busca de justiça. Ouso, por isso mesmo, acrescentar mais um foco, talvez dos mais relevantes: Para que o Estado voluntariamente satisfaça as lesões causadas aos cidadãos nos seus vários planos econômicos. O reconhecimento seria a virtude do administrador. Seria demonstração de respeito ao cidadão no estado democrático de direito. Os planos econômicos foram emanados de desvirtuações passadas. Gera-ram, sem sombras de dúvidas, milhares de ações de cidadãos prejudicados, cujos prejuízos engrossaram os lucros dos cofres dos bancos brasileiros. Nenhuma atitude foi admitida ou tomada pelo Estado Brasileiro para sanar essa lesividade. Não há nem houve interesse!!! Transfere-se ao Judiciário a sua responsabilidade, mesmo que lhe assoberbe as funções, ou como bem se colocou no Agravo Recorrido: “[...] motivada pelo insano número de ações intentadas e possibilidade de satisfação do interesse mediante ação em andamento”. (fl. 58). Não se discorda desse entendimento. Mas não se pode aceitá-lo levando em consideração, além dos princípios constitucionais referenciados, o disposto no art. 2º do CPC de que será prestada a jurisdição quando requerida, observado os procedimentos legais, bem como pelo art. 104 do CDC quando, se referindo ao art. 81, inciso I e II, disciplina QUE AS AÇÕES COLETIVAS NÃO INDUZEM LITISPENDÊNCIA PARA AS AÇÕES INDIVIDUAIS,

excluindo-se os autores de ações individuais dos benefícios decorrentes dos efeitos erga omnes da Ação Coletiva. A lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, razão pela qual não há possibilidade de decisões antagônicas (Min. Teori Albino Zavascki). Por outro lado, não vejo como possa a titular de um direito individual ser compelida – sem lei que assim determine – a submeter-se a uma substituição processual não aceita, de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito. Com esses singelos fundamentos, sem adentrar a à discussão do direito material, porquanto o objeto buscado neste Recurso é o puro prosseguimento da sua ação individual, sustada por ato de império, sem nenhuma base legal, embora processualmente pudesse trazer conforto aos Tribunais, PROVEJO O RECURSO ESPECIAL para ordenar o prosseguimento da ação individual da Requerente.